

البنك الإسلامي للتنمية
المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
أثر الديون
ونقود الشركة أو المحفظة
على تداول الأسهم والصكوك
والوحدات الإستثمارية
بحث رقم ٦١

بسم الله الرحمن الرحيم



البنك الإسلامي للتنمية
المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب

أثـر ديـون ونقود الشركة أو المحفظة على حـكم تـداول الأسهم والصكوك والوحدات الاستثمارية

(المشكلة والحلول)

دراسة فقهية اقتصادية

بقلم

أ . د علي محيي الدين القره داغي

أستاذ ورئيس قسم الفقه والأصول بكلية الشريعة والقانون / جامعة قطر
والخبير بمجمع الفقه الإسلامي بمكـة المكرمة وجـ ـدة
وعضو المجلـ ـس الأوربي للإفتـاء والبحـوث

بحث رقم 61

ح البنك الإسلامي للتنمية ،1424هـ
المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشـــر
القره داغي، علي محي الدين

أثر ديون و نقود الشركة ، أو المحفظة على حكم تداول الاسهم و الصكوك والوحدات الاستثمارية المشكلة والحلول / علي محي الدين القره داغي – جدة.، 1424هـ

112 صفحة ، 17سم × 24سم
ردمك : 6-112-32-9960
1- الاقتصاد الإسلامي 2. الشركات أ- العنوان
ديوي 330ر121 1424/2050

رقم الإيداع: 1424/2050
ردمك : 8-139-32-9960

وجهات النظر في هذا الكتاب لا تعكس بالضرورة وجهات نظر المعهـد أو البنـك.

الطبعة الاولى :1424 هـ (2003م)

المحتويات

تقديم : 5
مقدمة : 7
طرح المشكلة : 9
أولا : الأسهم.. 9
ثانيا : السندات.. 10
ثالثا : الوحدات أو الحصص للصناديق أو المحافظ الاستثمارية.. 12
الحلول المطروحة لهذه المشكلة : 27
الحل الأول : من خلال ملكية الشخصية المعنوية لموجودات الشركة.. 27
الحل الثاني : من خلال قاعدتي الكثرة، والغلبة.................... 53
الحل الثالث : اعتبار قاعدة الاصالة والتبعية........................... 67
الحل الرابع : عن طريق التخارج.. 79
الخلاصة : 99
قائمة بمراجع ومصادر البحث :
أولا : المصادر والمراجع غير الحديثة 103
ثانيا : المصادر والمراجع الحديثة...................................... 110



تقديـم

يقوم النشاط الاقتصادي على تجميع مختلف الموارد من نقود وعقـار وآلات ومعدات ، وتقنيات ، وخبرة فنية ، وقدرات إدارية في مجموعة واحدة ، يمكنـها أن تنتج سلعة أو خدمة يمكن تسويقها ، بحيث تكفي الإيرادات لتغطية حقوق أصـحاب الموارد التي شاركت في الإنتاج.

ونظرا لاتساع دائرة النشاط الاقتصادي ، وحاجة الإنتاج إلى تجميع مـوارد بكميات ضخمة ، تتجاوز إمكانات أصحاب رؤوس الأموال من الأفراد ، كان مـن الواجب تجميع الموارد من عدد كبير منهم . ولتسهيل ذلك ، ظهرت الأدوات الماليـة القابلة للتداول ، كالأسهم ، والصكوك ، ووحـدات الاسـتثمار . وهـي أدوات مستحدثة ، تحتاج إلى نظرة فقهية معاصرة ، تأخذ في الحسبان ما يعتري تلك الأدوات المالية من صفات عند مختلف مراحل نمو وتطور الشركات التي تصدرها .

وقد قام فضيلة الدكتور علي محي الدين القرة داغي بالتصدي لهذا الموضـوع الحيوي ، وبيان قواعده ، وأحكامه ، في هذه الدراسة الفقهية التي بين أيديكم .

ويأمل المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب ، وهو إحدى مؤسسات مجموعة البنك الإسلامي للتنمية ، أن يجد الباحث فيه ما يبغي من مدارسة ، والممارس ما يبغي من استضاءة بالشريعة الغراء .

والله من وراء القصد .

مدير المعهـد

أ. د . معبد علي الجارحـي

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدين وبعد00

فلا يخفى أن عملية الاقتصاد المعاصر تسير بسرعة فائقة في عالم المـال، وأن الأفكار الاقتصادية تبدع في كل يوم جملة من الأساليب لتطوير الفكر المالي، وعدداً من الأدوات لتسهيل عملية الدوران الاقتصادي ، وتبتكر كل الوسائل المتاحـة لتسـييل رؤوس الأموال بسرعة وسهولة ، وإن من هذه الوسـائل الأسـهم ، والسـندات ، والوحدات الاستثمارية للصناديق ، حيث يمكن تسييلها في السوق الأولية والثانويـة بسهولة ، وتداولها دون معاناة0ولذلك دخلت المصارف والشركات الإسلامية في هذا ا ال فبالإضافة إلى أسهمها ، فإ ا قد تقوم بإصدار سـندات مشـروعة نسـميها بالصكوك ، وبترتيب أوعية استثمارية من خلال صناديق ، أو محافظ استثمارية تقسم أموالها على وحدات متساوية أو حصص متساوية ، حيث يشترك فيها في البداية عدد من المستثمرين فيكتتبون فيها ، ثم يأتي دور التداول في الأسواق المالية ، أو حتى عـن طريق مصدِر هذه الصكوك ، أو الوحدات. وحينئذ تقف أمام البنـوك والشـركات الإسلامية والمستثمرين المسلمين مشكلة وهي أن هذه الوحدات ، أو الأسهم تتحـول بعض موجودا ا إلى ديون ونقود ، وقد تزيد نسبتها منفردة أو مجتمعة على الأعيـان والمنافع والحقوق ، فهل يطبق على ذلك قواعد الصرف في حالة زيـادة النقـود ، أو قواعد بيع الدين في حالة زيادة الديون وإذا طبقت هذه القواعد فستحول دون المرونة الممكنة في التداول بالبيع والشراء ، وحينئذ لا تستطيع هذه الأسهم أو الصـكوك أو الوحدات أن تؤدي دورها المنشود في الوصول بسهولة إلى السيولة.

هـذه هي المشـكلة التي تحتاج إلى حـلّ ، وسـوف نحاول جاهـدين ـ بالاعتماد على الله وحده ـ أن نطرح عدة حلول لهذه المشكلة ونبذل جهـدنا في تأصيلها ، مع مناقشة الآراء المطروحة في هذا ا ال داعين الله تعالى أن يوفقنا ويسـدد خطانا ويجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم إنه مولاي فنعم المولى ونعم النصير .

كتبه الفقير الى ربه
علي محي الدين القره داغي
غرة جمادى الأولى 1422هـ

طرح المشكلة

قبل أن نعرض المشكلة نبدأ بتعريف الأسهم والسندات المشروعة (الصكوك) والوحدات الاستثمارية .

أولاً : الأسهم

هي جمع سهم ، وهو لغة له عدة معان منها : النصيب، وجمعه: " السهمان " بضم السين ، ومنها العود الذي يكون في طرفه نصل يرمي به عن القوس ، وجمعه : " السهام " ، ومنها : بمعنى القدح الذي يقارع به ، أو يلعب به في الميسـر ، ويقـال : أسهم بينهم أي أقرع ، وساهمه: أي باراه ولاعبه فغلبه ، وساهمه أي قاسمـه وأخـذ سهماً ، أي نصيباً ، جاء في المعجم الوسيط : (ومنه شركة المساهمة)1 .

وفي القرآن الكريم:﴿ **فساهم فكان من المدحضين** ﴾[2] ، أي قارع بالسـهام فكان من المغلوبين[3]. والقانونيون يطلقون السهم مرة على الصـك ، ومـرة علـى النصيب، فبالاعتبار الأول قالوا: السهم هو: صك يمثل جزءاً من رأس مال الشركة ، يزيد وينقص تبعاً لرواجها .

وبالاعتبار الثاني : قالوا : السهم هو نصيب المساهم في شركة من شركات الأموال ، أو الجزء الذي ينقسم على قيمته مجموع رأس مال الشركة المثبت في صك له قيمة اسمية ، حيث تمثل الأسهم في مجموعها رأس مال الشركة ، وتكـون متسـاوية القيمة[4].

وقد عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قـراره الرابـع في دورة مـؤتمره السـابع : (السهم بأنه حصة شائعة في موجودات الشركة وأن شهادة السهم هـي وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق في الحصة).

---

(1) القاموس المحيط ، ولسان العرب ، والمعجم الوسيط مادة " سهم "
(2) سورة الصافات / الآية (141)
(3) النكت والعيون للماوردي ، ط . أوقاف الكويت (426/3) ، ويراجع : أحكام القرآن لابن العربي ، ط . دار المعرفة ببيروت (622/4)
(4) يراجع : د . علي حسن يونس : الشركات التجارية ، ط . الاعتماد بالقاهرة (ص539) ، ود . شـكري حبيب شـكري ، وميشـيل ميكالا : شـركات الأشخاص ، وشـركات الأموال علمـاً وعمـلاً ، ط . الاسكندرية (ص 184) ، ود .صالح بن زابن المرزوقي البقمي" الشركة المساهمة في النظام السعودي " ، ط. جامعة أم القرى 1406هـ (ص 332) ، ود . أبو زيد رضوان : الشركات التجارية في القانون المصـري المقارن، ط . دار الفكر العربي ، القاهرة 1989م (ص 526) .

وتتميز الأسهم بكونها متساوية القيمة ، وأن السهم الواحد لا يتجـزأ ، وأن كل نوع منها ـ عادياً أو ممتازاً ـ يقوم ـ من حيث المبدأ ـ علـى المسـاواة في الحقوق والالتزامات وأنه قابل للتداول .

وليس من مهام هذا البحث الدخول في تفاصيل أنواع الأسهم وأحكامهـا[1]، وإنما الذي يعنينا أن حكم الإسهام من حيث المبدأ أنه مشروع ما لم يكـن نشـاط الشركة محرماً [2].

ثانياً : **السندات**: **وهي من حيث المشروعية وعدمها نوعان** :

(أ) **السند التقليدي:** هو الذي تصدره الحكومات ، أو الشركات بفوائد محرمة ، فهو في عرف الاقتصاد الحديث عبارة عن وثيقة بقيمة محددة يتعهد مصدِرها بدفع فائدة دورية في تأريخ محدد لحاملها ، وبعبارة أخرى فإن السند عبـارة عن صك يمثل حقاً للمقرِض ـ أي الدائن ـ له قيمة اسمية واحدة وهو قابل للتداول وغير قابل للتجزئة تقدمه الدولة أو الشركة للدائن لقاء قرض مؤجل يتم عن طريق الاكتتاب العام [3].

وكما تصدر الحكومة السندات كذلك تصدرها بعض المؤسسـات والشركات الخاصة في كثير من الدول حين تحتاج إلى أموال جديدة إما لرفع قدراتها ، أو للتوسع في مشاريعها 0

والتكييف المتفق عليـه عند الاقتصاديين للسـندات هو أنها وثيقـة بدين ، ولذلك يعامل مالكها كمقرض ، وليس كصاحب سهم ، وتسـري عليه القوانين المنظمة للعلاقة بين الدائن والمدين .

---

(1) يراجع بحثنا المفصل حول " الاستثمار في الأسهم وأحكامها " المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي .
(2) وقد صدر قرار من المجمع بذلك في دورته السابعة .
(3) يراجع : د . فوزي عطوي : القانون التجاري ، ط . دار العلوم العربية ، بيروت 1986م (ص 284) ، ود . جلال وفا محمدين : المبادئ العامة في القانون التجاري ، ط . الدار الجامعية بيروت 1988م (ص 184) .

والسندات تشترك مع الأسهم في تساوي القيمة الاسمية لكـل فئـة، وقابليتها للتداول سواء كانت اسمية ، أم للآمر ، أم لحاملها ، وفي عدم قابليتها للتجزئة، غير أن السندات تتميز عن غيرها بالخصائص الآتية :

1- أن السند يعتبر شهادة دين على الشركة ، وليس جزءاً من رأس المال كما هو الحال في الأسهم.

2- حصول صاحبه على الفائدة الدورية المقررة لـه دون النظـر إلى أن الشركة ربحت ، أم خسرت ، أو كانت الأرباح كثيرة ؟! .

3- عدم مشاركة صاحبه في إدارة الشركة .

4- تحديده بوقت محدد على عكس الأسهم ، وبالتالي يحصل صاحبه على قيمة سنده وفوائده في التأريخ الذي حدد له دون النظر إلى تصـفية الشركة، ومدده مختلفة أقصرها تسعون يوماً ، وبعضها يمتد إلى مائـة عام ، على أن بعض السندات تستمر لحين قيام المصدر باستدعائها ، أو شرائها من السوق .

5- يحصل حامله على ضمان خاص على بعض موجودات الشركة وقد يكون الضمان عاماً على أموالها ، ولذلك يحصل على حقه في حالات التصفية قبل أن يحصل حامل السهم على أي شيء[1].

حكم السندات :

السندات التقليدية محرمة باتفاق ، وصدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بحرمتها في دورته السادسة(قرار رقم62 /6/11).

(ب) السندات المشروعة: وهي التي تسمى بصكوك المقارضـة أو الإجـارة، أو المشاركة ، أو نحوها ، وهي البديل الإسـلامي للسندات التقليدية ، حيـث صدر قرار مجمع الفقه الإسـلامي في دورته الرابعـة بمشـروعية صـكوك

(1) المراجع القانونية السابقة .

المقارضـة إذا توافرت مجموعـة من الشروط والضوابـط (قرار رقم "5" د4 /08/ 88) .

الصكوك :

يقصد ا أداة استثمارية تقوم على تجزئـة رأس المـال إلى حصـص متساوية ، وذلك بإصدار صكوك ملكية برأس المال على أسـاس وحـدات متساوية القيمة ، ومسجلة بأسماء أصحا ا باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس المال وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه[1] .

ثالثاً : **الوحدات أو الحصص للصناديق أو المحافظ الاستثمارية** :

الوحدات ، أو الحصص للصناديق ، أو المحافظ الاستثمارية بمعنى واحد يقصد ا أن يقوم البنك بترتيب محفظة ، أو صندوق استثماري لنوع مـن الاسـتثمار ، أو لعدد منه ، أو لكل أنواع الاستثمار ، ثم يقسم الأموال المطلوبة لهذا الصـندوق ، أو المحفظة على حصص متساوية من حيث القيمة الاسمية ، والحقوق والالتزامات ، وهي في حقيقتها بمثابة الأسهم للشركات ، وحكمها الجواز دون خلاف [2].

المشكلة : هذه الأسهم ، والصكوك المشروعة ، والوحدات الاستثمارية تمـر بخمـس مراحل :

المرحلة الأولى : **التأسيس والاكتتاب** .

ففي هذه المرحلة يعتبر من يدفع القيمة الاسمية (أو جزءاً منها حسب لـوائح الشركات) مشاركاً ، ويعتبر ما دفعه ثمن الأسهم التي اشترك ا ، أو بعض ثمنـها ، ويصبح شريكاً بذلك القدر من الأسهم ، وهذا جائز شرعاً .

المرحلة الثانية : **مرحلة ما بعد تجميع النقود وقبل أن تتحول إلى أعيان ومنافع**.

---

(1) يراجع قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 30(4/5)0
(2) يراجع فقه الشركات للدكتور علي القره داغي (ص 86)

ففي هذه المرحلة لا يجوز للمشاركين أن يبيعوا أسهمهم ، أو صكوكهم، أو وحدا م الاستثمارية إلاّ مع تطبيق قواعد الصرف[1] حسب قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 30(4/5) ، من ضرورة التماثل والتقابض في ا لمس إن كان البيع بنفس النقد (مثل الريال القطري بالريال القطري) ومن ضرورة التقابض في ا لمس إن كان بنقـد آخر (مثل بيع الريال بالدولار) ولكن يجوز بيعها بالعروض ، أما إذا كانت الحصص المقدمة ، أو أكثرها كانت أعياناً ومنافع وحقوقاً معنوية ،فتجوز المشاركة بغير النقود في القانون ، وكذلك في الفقه الإسلامي على الرأي الراجح ، وحينئذ لا يمنع التداول بطريق البيع العادي .

وليس في تطبيق قواعد الصرف في حالة كو ا نقوداً حرج كـبير ، إذ أ ـا مرحلة قصيرة متحملة ، وغالب الناس لا يدخلون في هذه الشركات أو المحافظ ليوم أو يومين .

المرحلـة الثالثـة : **تحـول النقـود كلهـا أو معظمهـا إلى أعيـان ومنـافع وحقـوق معنوية0**

وظلت هذه النسبة باقية ، أي لم تزد نسبة النقود أو الـديون منفـردة ، أو مجتمعة على 50% . ففي هذه الحالة يجوز تداولها ، لأ ا في حكم الأعيان والمنـافع والحقوق التي يجوز بيعها والتصرف فيها ، كما صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 30(4/5).

المرحلة الرابعة : **تحول السلع والأعيان والمنافع كلها أو معظمها إلى أثمان عاجلة** (**نقود**) **وآجلة** (**ديون**) **من خلال المرابحات والبيع الآجل** ، **وبالتقسيط0**

(1) فقد ورد في ذلك أحاديث صحيحة منها ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن أبي صـالح قـال : (سمعت أبا سـعيد الخدري يقول : (الدينار بالدينار ، والدرهم بالدرهم مثلاً بمثل ، من زاد أو ازداد فقـد أربى) وورد بلفظ (لا تبيعوا الذهب بالذهب إلاّ مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعـض ، ولا تبيعـوا الورق بالورق إلاّ مثلاً بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا غائباً بحاضـر) انظـر : صـحيح البخاري (31/2) ومسلم (42/5) وسنن النسائي (222/2) والترمذي (234/1) وأحمد (4/3 ، 51, 61) وإرواء الغليل (189/5)

وذلك كما هو الحال في البنوك الإسلامية حيث يتحول جزء كبير من أموالها إلى الديون والنقود ، بحيث نرى أن ميزانيتها يتمثل معظمها في الديون الناشـئة عـن المرابحات والبيوع الآجلة وبالتقسيط من وفي النقود المتوافرة لديها إضافة إلى الأعيـان والمنافع والحقوق المعنوية المكتسبة من الترخيص التجاري والسمعة ونحوها التي قـد لا تصل في بعض الأحيان إلى 30% .

وكذلك الحال في صكوك المقارضة ، والمشاركات ، وصكوك الاستصناع ، والبيوع والمرابحات ، حيث يتحول مقابلها إلى نقود أو ديون للبنوك أو الجهة المصدرة لها .

ولا يختلف الحال عن الصناديق الاستثمارية التي جعلت نشـاطها في البيـوع الآجلة وبالتقسيط ، والمرابحات في السلع والمعادن ، وعادة هذه الصـناديق والبنـوك الإسلامية لا تحتفظ بالسلع والبضائع والعقارات ونحوها فترة طويلة ، وإنمـا بمجـرد شرائها وقبضها ، ودخولها في ملكيتها تقوم ببيعها بالآجل عن طريـق المرابحـات أو البيوع الآجلة ، وحتى الاستصناع يتحول ثمنه في الغالب بعد إتمام العقد إلى ديـون ، وما يؤخذ منها كمقدمة ، أو يسترد فهو نقود، وحينئذ قد تكـون نسـبة الأعيـان الموجودة والمنافع والقيمة المعنوية أقل بكثير من 50% .

ففي هذه الحالة لو نظرنا إلى موجودات تلك البنوك ، والصكوك ، والمحـافظ الاستثمارية لوجدنا أ ا مختلطة من كل هذه الأشـياء التي ذكرناها ، وقـد تكـون نقودها ، أو ديو ا منفردة أو مجتمعة أكثر من الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية ، فأين الحل ؟

إذا تعاملنا مع هذه القضية بنظرة كلية وبالجملـة لا بـالمفرد ونظرنـا إلى مكونا ا نظرة كلية واحدة لربما نجد حلاً ، أو حلولاً لها، وذلك لأن للاجتمـاع ـ كما يقول الإمام الشاطبي ـ تأثيراً في أحكام لا تكون في حالة الانفراد[1]، أما إذا نظرنا إليها نظرة انفرادية وعالجنا كل مكون من مكونا ا علاجاً فردياً خاصاً به ؛ بأن ننظر إلى الديون فإن كانت هي الغالبة فقلنا بضرورة تطبيق قواعد بيع الدين وهي قواعـد

(1) الموافقات للشاطبي (192/3)0

صعبة غير مرنة لا تسمح إلاّ ببيعها بالأعيان ، أو بشروط صعبة مع خلاف كـبير في جواز بيعها [1]. وكذلك الحال في النقود حيث إذا طبقنا عليها قواعد الصرف لحالـت فعلاً دون الوصول إلى الهدف المنشود من سهولة تسييل هذه الأموال وتداولها التداول المطلوب !!

هذه هي المشكلة التي يركز البحث على حلها دون التطرق إلى بقية شـروط الأسهم والصكوك ، والوحدات الاستثمارية .

ما لا يدخل في موضوع البحث :

في هذه الحالة لا يتحقق الإشكال في صندوق الإجارات العادية ، ولا صندوق الإجارات مع الوعد بالتمليك في صوره ا ازة ، ولا في صكوك الإجارات بنوعيها ، ولا في أسهم شركات خاصة بالعقارات والسيارات والسفن، والطائرات ، والمصانع ، ونحوها مما تبقى الأعيان أو معظمها فترة من الزمن ، ثم تباع بأثمان عاجلة تتحول فوراً إلى أعيان وسلع ومنافع وحقوق معنوية .

وهكذا الأمر في الصكوك والوحدات الاستثمارية الخاصة بإنشـاء صـناديق خاصة لتلك السلع والأعيان المذكورة آنفاً ، حيث لا يرد عليها هـذا الإشـكال ، وكذلك الحال في حصص صناديق الأموال قصيرة المدة او المؤقتة ما دامت لا تصـل نسبة ديو ا ، أو نقودها إلى النسب التي ذكرناها في الأسهم.

كما أن هذا الإشكال لا يرد على الصناديق أو الشركات المغلقة[2] التي تصفى في آخر المدة مرة واحدة ، ثم يفتح الاشتراك فيها من جديد ، لأنه ليس هناك عمليـة تداول أثناء النشاط ، ولا بعده، وإنما هو عبارة عن مشاركة، ثم تصفية ورد الأمـوال لأصحا ا .

المرحلـة الخامسـة : مرحلـة التصـفية عنـد توقـف نشـاط الشـركة أو الصندوق0

---

(1) يراجع لمزيد من التفصيل في أحكام التصرف في الديون ، بحث الدكتور علي محيي الدين القره داغي المقدم إلى ا مع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الخامسة عشرة .

(2) علماً بأن هناك صناديق الاستثمار المغلقة تعتبر مؤسسات مالية تجمع المال من مساهميها وتستثمره في مجموعة من الأوراق المالية وتصدر عدداً ثابتاً من أسهمها التي يتم تداولها في السوق .

وحينئذ تكون معظم حقوقها ديوناً آجلة ، أو نقوداً ، وما بقي من الأعيـان يباع لأجل التصفية ، ففي هذه المرحلة الأخيرة لا بد أن تطبق عليها قواعد الصـرف، وقواعد بيع الديون وهذه المرحلة (مرحلة التصفية) لا تدخل في نطـاق البحـث ، إذ للتصفية أحكامها الخاصة لا يتسع البحث للخوض فيها.

الحلول المطروحة :

وللأمانة العلمية نقول : إن أمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي قدمت ورقة قيمة حول تداول أسهم الشركات ووحدات الصناديق المشتملة على ديون ونقـود ، وكُلفْت بمناقشة ما يتضمنها ، من آراء وأفكار وحلول ، وتأصـيل بعـض القضـايا الفقهية التي تنـاولتها ، وترجيح ما أراه راجحاً ، وذلك في الملتقـى الفقهـي الأول الذي عقد بالطائف يوم الخميس 1422/5/12هـ ـ ـ 2001/8/2م[1]. وقـد استفدت منها كثيراً فجزى الله المعدين لها خيراً .

خلاصة المشكلة وتوضيحها :

بعد هذا العرض يمكن توضيح المشكلة وتلخيصها فيما يأتي :

أن الأسهم ، أو صكوك المضاربة ونحوها ، أو وحدات الصناديق تمثل حصـة شائعة من موجودات الشركة وأنشطتها وحقوقها المادية والمعنوية والإدارية ، بالنسـبة للأسهم أو من موجودات الصناديق والمحفظة وأنشطتها بالنسبة للوحـدات ، أو مـن موجودات الصكوك ، وبما أن هذه الموجودات قد يتحول معظمها في بعض الأحيـان ديوناً عند التعامل بالمرابحات ، والاسـتصناع ، أو تبقى نقوداً ، أو تحصـل أثما ـا بالنقود ، أو تكون مختلطة منهما فحينئذٍ تقع مشـكلة فقهية عندما يراد بيـع هـذه الأسهم ، أو الصكوك ، أو الوحدات في هذه الحالة ، حيث يشترط فيه شروط بيـع الدين في حالة كو ا ديوناً ، أو شروط الصرف في حالة كو ا نقوداً ، وهي شـروط صعبة تحول دون التداول المطلوب .

(1) ولم أتمكن من الحضور ، ولكنني كتبت بحثاً مفصلاً ونوقش بحثي ضمن البحوث الأخرى في الملتقى المذكور .

وذلك لأن معظم أنشطة البنوك الإسلامية تكون في المرابحات الداخلية، أو الدولية ، أو البيع الآجل ، أو الاستصناع بثمن آجل ونحو ذلك ، وكل هذه الأنشطة تتحول إلى ديون آجلة ، وبالتالي تكون معظم موجودات هذه البنوك ديوناً ، أو نقوداً ، وبما أن أسهمها تمثل هذه الديون والنقود أيضاً فهل يجوز تداولها بسهولة ؟

وكذلك فإن معظم الصناديق الاستثمارية تجعل نشاطها في شراء السلع والمعادن والسيارات ، ثم بيعها بالمرابحة ، أو البيع الآجل ، أو بالتقسيط ، وبالتالي تصبح أثمان هذه الصفقات ديوناً إضافة إلى النقود المحصلة شهرياً ، فتغلب حينئذٍ نسبة الديون والنقود على السلع والمعادن ، ففي حالة كون الصندوق مفتوحاً - أي يكون لأي أحد الحق في الدخول والخروج - يكون المستثمر الخارج بائعاً لوحداته ، والداخل مشترياً لها ، وحينئذٍ فهل يكون ذلك من باب بيع الدين الذي لا يجوز إلاّ بشروط صعبة ؟ أو من باب بيع النقد الذي يشترط فيه شروط الصرف ؟ .

هذه هي المشكلة التي تحتاج إلى الحلول الفقهية التي نذكرها في هذا البحث ، وهي الاعتبار بمبدأ الكثرة والغلبة ، أو الأصالة والتبعية ، أو من خلال التخارج ، أو الشخصية الاعتبارية .

وهي مشكلة ليست جزئية بسيطة ، بل هي كبيرة تحتاج إلى حل ، لا سيما إذا نظرنا إلى ميزانية البنوك والشركات الاستثمارية الإسلامية ، حيث تدل على أن معدل نسبة الديون الناتجة عن المرابحات والاستصناع ، والنقود تصل إلى 97% بين أربعة بنوك وشركات إسلامية .

تحرير محل النزاع في المشكلة :

عندما تكون مكونات الأسهم ، أو الصكوك ، أو الوحدات الاستثمارية شيئاً واحداً مثل الأعيان ، أو الحقوق المعنوية ، أو الديون ، أو النقود ، فإن الحكم الشرعي عند بيعها وتداولها واضح ، لأنه يطبق على السهم ، أو الصك، أو الوحدة الحكم الفقهي الخاص بذلك المكون بدون خلاف يذكر ، فإن كان عيناً فيطبق عليه أحكام بيع الأعيان ، وإن كان ديناً فيطبق عليه أحكام الدين ، وإن كان نقداً فيطبق عليه أحكام الصرف من القبض في المجلس والتماثل والمساواة إذا كان النقدان من

جنس واحد ، أو القبض في المجلس فقط إذا كانا مختلفين[1] ، ولكن المشكلة عندما تكون مكونات الأسهم ، أو الصكوك ، أو الوحدات مشكلة من عدة أشياء ، فحينئذٍ يثور التساؤل حول مدى تطبيق أحكام بيع العين ، أو الدين ، أو النقد ، أو يكون الاعتبار بهذه الخلطة دون النظر إلى مكوناتها ، أو حسب الغلبة والكثرة ،او الأصالة أو التبعية ،وقد صدر قرار رقم 30(4/5) من مجمع الفقه الإسلامي بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار نص على أنه :

(أ) إذا كان مال القراض المتجمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف .

(ب) إذا أصبح مال القراض ديوناً ؛ تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون .

(ج) إذا صار مال القراض موجودات مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه ، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع . أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة).

وهذا القرار لا يمنع بحث هذا الموضوع ،لأنه طلب وضع لائحة تفسيرية ، ولكن لم توضع إلى الآن ، كما أن القرار يضع معياراً مادياً محدداً للغلبة ، وبالتالي فهي يمكن التوسع في تفسيرها ، وهذا هو الهدف من البحث.

هل لهذه الحالة شبيه في التراث ؟

يرد تساؤل آخر حول مدى وجود شبيه في تراثنا الفقهي ، فهل نجد لخلطه مكونات السهم أو الصك ، أو الوحدة شبيهاً في الفقه الإسلامي ؟

للجواب عن ذلك نقول: إن هذه المسألة قريبة أو شبيهة بالحالات التالية:

---

(1) ينظر لمزيد من التفصيل لأحكام الدين ، بحث د. علي القره داغي .

الحالة الأولى : **مسألة تفريق الصفقة**[1]:

تحدث الفقهاء عن تفريق الصفقة ، وذكروا لها صوراً نذكر ما يتعلق بموضوعنا بإيجاز وهو ما إذا جمعت صفقة البيع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه ، حيث اختلف الفقهاء فيه اختلافاً نوجز القول فيه بما يأتي :

ذهب **الحنفية** إلى تفصيل ، حيث ذهبوا إلى جواز تفريق الصفقة إذا جمع فيها ما يملكه وما لا يملكه كفرسه مع فرس غيره.... صح البيع ، وينفذ في ملكه بقسطه من الثمن ، ويبقى موقوفاً على الإجازة في ملك غيره ، أما إذا جمع فيها بين ميتة ، وحيوان حي ، أو مذبوح ،أو خل وخمر فيبطل فيهما إن لم يسم لكل واحد ثمناً عند أئمتهم الثلاثة ، وإذا سمى لكل واحد منهما ثمناً صح فيما جاز بيعه (البيع عند أبي يوسف ومحمد)، ولم يصح عند أبي حنيفة،لأن المعقود عليه ليس محلاً للبيع ، في حين استدل الصاحبان بان الفساد لا يتعدى المحل الفاسد ، إذ لا موجب لتعديه حيث انفصل كل منهما عن الآخر بتفصيل الثمن[2].

وذهب **المالكية** في المشهور إلى بطلان بيع حلال وحرام بصفقة واحدة إذا كان العاقدان أو أحدهما على علم بذلك ، وقيل يصح البيع فيما عدا المحرم بقسطه من الثمن[3] ، أما إذا لم يعلما كأن باع خلاً وخمراً فبان أحدهما خمراً ،أو باع ذبيحتين فتبين أن إحداهما ميتة ، فللمشتري التمسك بالباقي بقسطه من الثمن ، ويرجع على البائع بما يخص الخمر ، أو الميتة من الثمن لفساد بيعه ، فأما لو باع الرجل ملكه وملك غيره في صفقة واحدة يصح البيع فيهما على المشهور ، ولزمه في ملكه ووقف الملزوم في ملك غيره على إجارته ورده[4] .

---

(1) التفريق في اللغة خلاف الجمع ، ويقال : فرقه إذا بدده ، وفي الاصطلاح يطلق على صفقة تشتمل على مبيعين كثوبين أو دارين ، حيث لا يجوز تفريقها بالقبول في أحدهما، ويطلق على الصفقة المشتملة على ما يجوز بيعه وما لا يجوز مثل بيع شاة وخ ير بمائة دولار فقد اختلف الفقهاء في ذلك . يراجع لتفصيل ذلك : فتح القدير ـ مع شرح العناية ـ (89/6 – 90) وحاشية الدسوقي (15/3) ومغني المحتاج (40/2-41) والمغني لابن قدامة (261/4)

(2) فتح القدير (89/6 –90)

(3) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ،ط. دار الغرب الإسلامي (439/2)

(4) الشرح الكبير ـ مع حاشية الدسوقي ـ (15/3) عقد الجواهر الثمينة (439/2)

وذهب **الشافعية** إلى نوع من التفصيل نذكر ما يخص الموضوع ، حيث لـه حالان :

الحال الأول: أن يقع التفريق في الابتداء ، وحينئذٍ ينظر: إن جمع بين شـيئين يمتنـع الجمع بينهما من حيث هو جمـع ، بطل العقد في الجميع ، وإن جمـع بـين شيئين ، وكل واحد منهما قابل لما أورده عليه من العقد صح العقد فيهمـا على تفصيل في الآثار[1] .

الحال الثاني: أن يقع التفريق في الانتهاء ، وهو قسمان :

أحدهما: ألا يكون اختيارياً كمن اشترى خيلين ، فتلف أحدهما قبل قبضهما انفسخ البيع في التالف ، وفي الباقي طريقان : أحدهما على القولين في جمع فرسه وفرس غيره ، وأصحهما : القطع بأنه لا ينفسخ لعدم العلتين.

الثاني: أن يكون اختيارياً كمن اشترى فرسين صفقة واحدة ، فوجد بأحدهما عيباً ، فهل له إفراده بالرد ؟ قولان: أظهرهما: ليس له، وبه قطع الشيخ أبو حامـد ، وعلى القول بجواز الرد ، فقام المشتري برد المعيب استرد قسطه من الثمن ، وعلى هذا القول لو أراد رد السليم والمعيب معاً فله ذلك على الصحيح[2] .

وذهب **الحنابلة** إلى التفصيل التالي يلخص فيما قال ابن قدامة في الكافي: ((إذا باع ما يجوز بيـعه ، وما لا يجوز بيعه صفقة واحدة كخل وخمر ، أو فرسه وفـرس غيره ، ففيه روايتان: إحداهما: تفرق الصفقة ، فتجوز فيما يجوز بيعه بقسـطه مـن الثمن ، ويبطل فيما لا يجوز ، لأن كل واحد منهما له حكم منفرد ، فإذا اجتمعا بقيا في حكمهما ، كما لو باع شقصاً وسيفاً0 والثانية: يبطل فيهما ، لأنه عقد واحد جمع حلالاً وحراماً فبطل كالجمع بين الأختين ، ويحتمل أن يصح فيما يجوز فيما ينقسـم الثمن فيه على الأجزاء كدار له ولغيره ونحوها ، والقفيزين المتساويين ،لأن الثمن فيما يجوز بيعه معلوم ، ويبطل العقد فيما عدا هذا....))[3].

---

(1) يراجع : روضة الطالبين ط. المكتب الإسلامي (420/3 – 425) حيث عقد له فصلاً مطولاً.
(2) المرجع السابق (422/3 – 423)0
(3) الكافي ، ط.المكتب الإسلامي (31/2 – 32)0

الحالة الثانية :

التصرف في تركة تشتمل على مكونات مختلفة مثل الديون والنقود والأعيان ونحوها حيث أجاز الفقهاء التخارج لبعض الورثة حيث ثبت أن (عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - طلق امرأته تماضر بنت الأصبغ في مرض موته ، ثم مات وهي في العدة، فورثها عثمان - رضي الله عنه - مع ثلاث نسوة أخر ، فصالحوها عن ربع ثُمنها على ثلاثة وثمانين ألفاً ...)[1] وقد قال ابن عباس: (لا بأس بأن يتخارج أهل الميراث من الدين يخرج بعضهم من بعض)[2] .

ومن المعلوم أن الأصل في التخارج أنه عقد صلح بين الورثة لإخراج أحدهم ، ولكنه يعتبر عقد بيع إن كان البدل المصالح عليه شيئاً من غير التركة، ويعتبر عقد قسمة ومبادلة إن كان البدل المصالح عليه من مال التركة ، وقد يكون هبة أو إسقاطاً للبعض إن كان البدل المصالح عليه أقل من النصيب المستحق[3] . كما أن الصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع [4].

وقد اختلف الفقهاء في التصالح بين الورثة في التركة إذا كان بعضها ديناً ، فذهب **الحنفية** إلى أن الصلح باطل في العين والدين ، ولكن ذكروا بعض الصور لتصحيح هذا الصلح ، جاء في الدر المختار: ((وبطل الصلح إن أخرج أحد الورثة وفي التركة ديون بشرط أن تكون الديون لبقيتهم ، لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل...وصح لو شرطوا إبراء الغرماء منه أي من حصته ؛ لأنه تمليك الدين ممن عليه فيسقط قدر نصيبه عن الغرماء ، أو قضوا نصيب المصالح منه تبرعاً ، وأحالهم بحصته ، أو أقرضوه قدر حصته منه))[5] .

ويفهم مما ذكره الحنفية أنهم أجازوا الصلح أو التخارج في حالة وجود الدين في التركة في الصور التالية وهي :

---

(1) المصنف لعبد الرزاق ط.المكتب الإسلامي (289/8) ويراجع: فتح القدير (348/7–349) والسراجية ص236–237 0
(2) رواه عبد الرزاق في مصنفه (289/8)0
(3) يراجع فتح القدير (409/7) والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (309/3)0
(4) يراجع شرح الخرشي (2004/6) وروضة الطالبين (193/4) وكشاف القناع (379/3)0
(5) الدر المختار مع حاشية رد المحتار (481/4)0

(أ) أن يشـترط تبرئة المصالح للغرماء من حصته من الدين ، لأنه حينئذٍ يكـون إسقاطاً ، أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين ، وهو جائز .

(ب) أن يعجل الورثة قضاء نصيب المصالح من الدين متبرعين ويحيلهم بحصته[1].

والحنابلـة يتفقـون مـع الحنفيـة في عـدم جـواز بيـع الـدين[2] . وذهب **المالكية** إلى أنه ((يجوز بيع الدين لغير من عليه الدين بشروطه وعلى ذلك يجوز الصلح عن الدين الذي على الغير ، حيث يجوز بيع الدين ، ويمتنع الصلح عنه حيـث يمتنع بيعه ، فيجوز الصلح عن الدين إذا كان الدين حيواناً أو عرضاً أو طعامـاً مـن قرض بشرط أن يكون المدين حاضراً مقراً بالدين ، ومكلفاً.....))[3]

والشافعية أجازوا بيع الدين لغير من عليه الدين بشرط أن يكون المدين مليـاً مقراً والدين حالاً مستقراً على تفصيل[4].

الحالة الثالثة : **مسألة مد عجوة ،أو مسألة بيع القلادة المكونة من الذهب والخرز** :

فقد روى مسلم في صحيحه ، وأبو داود ، والترمذي والنسائي بسندهم عـن فضالة بن عبيد الأنصـاري يقول: (أتي رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وهـو بخيبر ، بقلادة فيها خرز وذهب ، وهي من المغانم تباع ، فأمر رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بالذهب الذي في القلادة فـ ع وحده ، ثم قال لهم رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : **((الذهب بالذهب وزناً بوزن))** وفي رواية أخرى بلفظ: (لا تباع حتى تفصل) وفي رواية ثالثة لمسلم أيضاً بسنده عن حنش أنه قال : كنا مع فضالة بين عبيد في غزوة فطارت لي ولأصحابي قلادة من ذهب وورق وجـوهر ، فـأردت أن اشـتريها ، فسألت فضالة بن عبيد فقال : (انزع ذهبها فاجعله في كفـة ، واجعـل ذهبك في كفـة ، ثم لا تأخذن إلاّ مثلاً بمثل ، فإني سمعت رسول الله ـ صـلى الله

---

(1) الزيلعي (51/5) والموسوعة الفقهية الكويتية (13/11) 0
(2) المغني لابن قدامة (659/5)0
(3) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (316/3)0
(4) روضة الطالبين (196/4-197) ويراجع لمزيد من التفصيل : د. علي محي الدين القره داغي: أحكـام التصرف في الديون ، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة .

عليه وسلم – يقول: **((من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يأخذن إلاّ مثلاً بمثل))**[1].

قال الترمذي بعد ما رواه : (هذا حديث حسن صحيح ، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – وغيرهم لم يروا أن يباع السيف محلّى ، أو مِنطقة مفضضة أو مثل هذا بدراهم حتى يميز ويفصل ، وهو قول ابن المبارك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وقد رخص بعض أهل العلم في ذلك من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – وغيرهم)[2] .

وهذه المسألة اشتهرت بين الفقهاء بمسألة مد عجوة ، وصورتها: باع شخص مد عجوةٍ ودرهماً بمد عجوة ، أو بدرهمين ، وتشمل كذلك بيع سيف محلى بالذهب ، أو فضة بثمن جنسه ، حيث اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء :

1- ذهب الشافعية والحنابلة في المذهب[3] وهو مروي عن شريح ، وابن سيرين ، والنخعي[4] إلى أنه لا يجوز بيع نقد بجنسه ، ومع أحدهما ، أو كليهما شيء آخر فلا يجوز بيع مد ودرهم بدرهمين ، أو بدرهم وثوب ، كما لا يجوز بيع شيء محلى بذهب أو فضة كسيف ، أو مصحف بجنس حليته .

ودليل هؤلاء حديث فضالة الصحيح السابق حيث ظاهر في الدلالة على ذلك ، كما استدلوا بأن ذلك العقد يؤدي إلى الجهل بالمماثلة المشروطة في بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، ولذلك أجازوا عند اختلافهما .

2- ذهب الحنفية ، والحنابلة في رواية وهو مروي عن الحسن ، والنخعي ، والثوري[5] إلى جواز ذلك بشرط أن يكون بيعه بأكثر مما فيه من الذهب في حالة كون المبيع معه أو فيه الذهب ، أو بأكثر مما فيه من الفضة في حالة كون المبيع معه ، أو فيه الفضة ، ولا يجوز بمثله ، ولا بأقل منه ، لذلك يجوز بيع

(1) صحيح مسلم ، كتاب المساقاة (1213/3 – 1214) والترمذي – مع تحفة الأحوذي – (465/4) وأبو داود – مع عون المعبود – (200/9)
(2) الترمذي – مع تحفة الأحوذي – (465/4 – 466)0
(3) روضة الطالبين (384/3-386) وفيه تفصيل نافع والمغني لابن قدامة (39/4)0
(4) عون المعبود (201/9)0
(5) فتح القدير (266/6) والمغني لا بن قدامة (39/4) وتحفة الأحوذي (467/4) والموطأ (416/3)0

درهم (من الفضة) ومد عجوة او ثوب بدرهمين (من الفضة) ولا يجوز بيعهما بدرهم واحد مثلاً أو أقل منه ، لأنه عند المساواة أو النقصان يتحقق التفاضل المنهي عنه في بيع الذهب بجنسه ، وبيع الفضة بجنسها ، وكذلك الزيادة مثـل بيع درهم وثوب بدرهمين ، يقابل الدرهم بالدرهم، ويقابل الثوب بما بقى فلم تحدث فيه المخالفة المنهي عنها وقد علل الحنفية لتصحيح ذلك تعليلاً جمـيلاً وهو أن التعاقد بين الطرفين يحمل على الصحة ولا يحمل على الفساد ما دام حمله على الصحة ممكناً[1] وقد حمل الطحاوي الحديث السابق بأنه إنما ى عنه؛ لأنه كان في بيع الغنائم لئلا يغبن المسلمون في بيعها[2] وذكر الخطابي أن قـول الحنفية مخرج على القياس، لأنه يجعل الذهب بالذهب سواءً ويجعل ما فضـل عن الثمن بإزاء السلعة......[3] .

3 - وذهب مالك في الموطأ إلى أن من اشترى مصحفاً أو سيفاً أو خاتماً وفيه ذهب أو فضة ، بدنانير أو دراهم فإن اشترى من ذلك وفيه الذهب بدنانير فإنه ينظر إلى قيمته ، فإن كان قيمة ذلك الثلثين ، وقيمة ما فيه من الذهب الثلث فذلك جائز لا بأس به إذا كان يداً بيد ، ولا يكون فيه تأخير ، وما اشترى من ذلك بالورق نظراً إلى قيمته فإن كان قيمة ذلك بالثلثين وقيمة ما فيه مـن الـورق الثلث فذلك جائز لا بأس به إذا كان ذلك يداً بيد ،ولم يزل على ذلك أمـر الناس عندنا بالمدينة[4] .

وقال سحنون: (وقد أعلمتك بقول ربيعة وما جوز من ذلـك ، وقولـه: إذا كانت الفضة تبعاً ، وأن ذلك إنما أجيز لما جاز للناس اتخاذه ـ أي اتخـاذ السـيف المُحـلى بالذهب أو الفضة ـ وأن في نزعه مضرة ، وانه إذا كان تبعاً كانت الرغبـة في غيره ولم تكن الرغبة فيه ، ولا الحاجة إليه ، وقد جوز أهل العلم ما هو أبين مـن هذا من بيع الثوب بدينار إلاّ درهماً أو درهمين إذا كان دفع الدراهم مع قبض الدينار ،

---

(1) فتح القدير (266/6) وحاشية ابن عابدين (236/4)0
(2) تحفة الأحوذي (467/4)0
(3) عون المعبود (200/9)
(4) الموطأ (413/3 – 416)

لأ م لم يروا ذلك رغبة في الصرف ، واستحسنوه واستثقلوا ما كثر من ذلك)[1] ثم نقل القول بالجواز عن الحسن ، وإبراهيم النخعي ، حيث جاء في الموطأ : (وجوزه أيضـاً إبراهيم النخعي مثل قول الحسن ، ولم يذكره إلاّ مسجلاً ، فذلك فيما يرى للناس فيه من المنافع ، ولما في نزعه من المضرة ، ولأنه مأذون لهم في اتخاذ مثله)[2] .

وقد رتب فقهاء المالكية على أن الأصل عندهم في هذه المسألة هـو الحظـر ، ولكنهم أجازوها بثلاثة شروط وهي :

أ - أن تكون تحليته مباحاً .

ب - أن يترتب على نزعه الحلية ضرره .

ج - ألا تزيد الحلية على الثلث ، حتى تكون تبعاً ، ثم اختلفوا هل يعتبر الثلث هذا حسب القيمة أو الوزن ؟ والمعتمد الأول[3] .

والعلاقة واضحة بين مسالة السهم الذي تتكون مكوناته من النقود والـديون وغيرها ، وبين مسألة مد عجوة ، وقد رأينا فيها خلافاً كبيراً بين العلماء والذي يظهر لنا رجحانه هو رأي الحنفية والمالكية، وذلك لأن حديث فضالة واضح في دلالته بـأن الغرض الأساس في القلادة هو الذهب ، وأن الخرز جاء تبعاً ، فالقلادة كانت ذهبيـة وفيها خرز، وحديثنا حول ما كان الأصل فيها غير الذهب ، أو الفضة ، أو النقود.

الحالة الرابعة : **مسالة بيع العبد الذي يكون معه مال من النقود** ، **أو الجاريـة الـتي تُشْتَرى هي ومعها من الحلـي مـن الـذهب والفضـة بالـذهب** ، **أو بالفضـة** ، **حيث لا يشترط في ذلك شروط المصارفة0**

فقد ورد في ذلك ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما بسندهم عن ابن عمر قال: (..ومن ابتاع عبداً ، وله مال ، فماله للذي باعه إلاّ أن يشترط المبتاع)[1] .

---

(1) الموطأ (416/3)
(2) الموطأ (416/3)
(3) الشرح الكبير مع الدسوقي (40/3) وبداية ا تهد (172/2) ويراجـع:الموسـوعة الفقهيـة الكويتيـة (361/26 – 362)

قال الحافظ ابن حجر : (ويؤخذ من مفهومه أن من باع عبداً ومعـه مـال وشرطه المبتاع أن البيع صحيح ، لكن بشرط ألا يكون المال ربوياً فلا يجوز بيع العبد ومعه دراهم بدراهم قال الشافعي ، وعن مالك لا يمنع لإطلاق الحـديث ، وكـأن العقد إنما وقع على العبد خاصة ، والمال الذي معه لا مدخل له في العقد...)[2].

ويأتي تفصيل هذه المسألة ضمن حديثنا عن قاعدة الأصالة والتبعية .

(1) صحيح البخاري (81/2) وفتح الباري (49/5) ومسـلم (17/5) وسـنن أبي داود الحـديث 3433 والنسـائي (228/2) والترمذي (235/1) والدارمي (253/2) وابن ماجه الحديث رقم 2211 وأحمد (9/2 ، 82 ، 105) ويراجع : إرواء الغليل (157/5)

(2) فتح الباري (51/5)

والحلول المطروحة لهذه المشكلة هى

الحل الأول[1] : **من خلال ملكية الشخصية المعنوية لموجودات الشركة**

هذا الرأي يقوم على أساس أن الشخصية الاعتبارية هي التي تملك موجودات الشركة ، وليس المساهمين، وإن هم إلا أصحاب حقوق وملاك للشخصية الاعتبارية ، وحينئذ فليس السهم حصة شائعة من موجـودات الشـركة وبالتـالي لا ينظـر إلى موجودات الشركة أبداً ما دام أصل نشاطها حلالاً .

وهذا الرأي تبناه الدكتور محمد علي القري[2] حيث يرى أن : (جميع الفتاوى المعاصرة حول شـركات المساهمة ، وكذلك البحوث الفقهية اعتمدت تعريفاً مفاده أن : " السهم حصة شائعة في موجودات الشركة " هذا تعريف صـحيح للسـهم في شركة العنان ، لكنه ليس كذلك في شركة المساهمة الحديثة، ومرد هذا الاختلاف أن صفة المسؤولية المحدودة فيها تؤدي إلى توليد شخصية اعتبارية مستقلة عن حملة الأسهم وإلى عزل الملكية عن الإدارة 0

إن الفتوى في نوازل شركة المساهمة الحديثة يجب أن تعتمد تصوراً مسـتمداً من القوانين التي اخترعت هذه الصيغة ، وتلك التي قدمت لها القواعـد التنظيميـة ، وجميعها تنص على أن المساهم لا يملك موجودات الشركة ، إذ هي شخصية اعتبارية مستقلة عن ملاكها تمتلك بنفسها تلك الموجودات ، فهو يملك سـهماً في الشـركة فحسب وليس حصة شائعة في موجودا ا ، هذه النقطة في شركة المساهمة أغفلتها كل الدراسات الفقهية المعاصرة ، وهي في نظرنا أهم عنصر في المسألة)[3].

(1) هذا ليس حلاً في نظري ، ولكني سميته بالحل ؛ لأنه عرض كحل0
(2) أود أن أسجل تقديري لجهد الدكتور القري ومحاولته المستميتة لإثبات رأيه ، ولكنني أختلف معـه تمامـاً في بنيتها التي بنى عليها ، وفي نتائجها .
(3) د. محمد علي القري : " الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة " ، بحث منشور في : دراسات اقتصادية إسلامية / ا لد الخامس ، العدد 2 محرم 1419هـ ، ملخص بحثه .

ثم قاس الموضوع برمته على موضوع الرقيق وأحكامه في الفقـه الإسـلامي فقال:(**والسؤال** هل لهذا النوع من الترتيبات في الملكية مثيل في شـريعة الإسـلام ؟ **والجواب**: نعم: وذلك في ملكية العبيد ، فالعبد شخصية طبيعية تملك المال وتتصرف فيه والسيد يملك العبد ولا يملك مال العبد ، فملكية السيد ناقصة غير مستقرة لمـال العبد ، وللسيد خير العبد من دخل وربح ولكن مسئوليته عن تصرفاته وديونه محدودة بقيمته أو رقبته ، فهي مسؤولية محدودة لكون العبد قادراً على التصرف بصفة مستقلة عن السيد فأشبه فصل الملكية عن الإدارة في شركة المساهمة الحديثة . فإذا جئنا إلى أهم نوازل شركة المساهمة الحديثة وجدنا ما يقابلها في أحكام معاملة العبيـد ، فالشـركة يكون أصل نشاطها مباحاً وهي قد تعمل أحياناً بالربا ، وهذا شبيه بالعبـد المـأذون الذي قد يتعاطى الربا ، والشركة يكون غالب أصولها ديوناً ، هل يجوز تداول أسهمها شبيه بالعبد يباع وأكثر ماله ديون؟)

ومن جانب آخر حاول الباحث الكريم إظهـار فروق جوهرية بـين شـركة العنان ، والشركة المساهمة حيث قال في ص:16 : (ولعل المثال التالي يوضح الفـرق بين شركة العنان وشركة المساهمة ذات المسؤولية المحدودة ، هب أن مجموعـة مـن الأفراد اشتركوا في تملك عقار يؤجرونه ويقتسمون إيجاره بحسب حصـص الملكيـة المشاعة لكل فرد منهم ، عندئذ فإن هؤلاء المُلاك يشتركون في الملك ويتعـاونون في الإدارة ، لكنهم لو قاموا بتسجيل شركة ذات مسؤولية محدودة وجعلوا لهـا ملكيـة العقار المذكور فإن حصص ملكيتهم عندئذ لا تكون في العقار " مع أن ذلك العقـار هو الأصل الوحيد المملوك للشركة " بل تكون حصصاً في الشركة تتمثل في أسهمها وهي غير مشاعة بل مقسمة إلى وحدات ، **والسؤال**: هل الصـورتان متطابقتـان؟ **والجواب**: إ ما مختلفتان ففي الصورة الأولى ، كل شريك منهم هـو وكيـل عـن شركائه " بحكم الشركة " في التصرف بالملك ، أما في الصورة الثانية ، فإن التصرف في الملك " العقار " لا يكون من قبل الشركاء بل قد أنيط بالشركة وهـي شخصـية قانونية مستقلة عنهم ، ليس لأحد منهم أن يتصرف في أموالها وإن كان لهـم تعـيين مجلس لإدارة الشركة ، وإن عمل بعضهم فهو يعمل كموظف لا كشريك ، والعقـار قد أصبح الآن ملكاً للشركة وهم لا يملكونه بحال .

وفي الصورة الأولى فإن مسؤولية الشركاء غير محدودة فهي ممتدة إلى أمـوالهم الخاصة لو تحمل العقار ديوناً أو التزامات ، أما في الثانية فإن الديون والالتزامات إنمـا تكون على الشركة التي هي مستقلة عنهم ، وأقصى ما يمكن أن يخسره الشركاء هـو نصيبهم في تلك الشركة) ، والمثال الذي ذكره ليس لشركة العنان ، بل هو لشـركة الملك وبذلك لم يسلم ما بني عليه .

كما ذكر في (ص: 18) مجموعة من الميزات منها أن"نموذج شركة المساهمة الحديثة استطاع أن يجمع المدخرات الصغيرة.... " وهذه الميزة يمكن تحقيقها حتى من خلال شركة العنان ، فلا مانع لو اشترك مجموعة وحددوا مقدار الاشتراك بمبلغ قليل ، ومنها أن الصيغة المذكورة مكّنت من إنشاء سوق منظمة للأسهم قللـت المخـاطر ، ولكن هذه الميزة ليست مؤثرة من الناحية الفقهية لأ ا تعود إلى أمور تنظيمية خارجة عن ماهية الشركة .

ومنها "إيجاد السيولة من خلال تداول الأسهم في السوق الثانوية ولم يكن ذلك ممكناً في ظل شركة العنان " ولكن هذه الميزة مع أ ا نتيجة ، وأثر من آثار الشركات الحديثة فهي ليست من جوهر حقيقة السهم ، ولا من أركان شركة المساهمة ، كمـا أن تنظيم الحصص الشائعة وتنازل الشركاء عن حق الاعتراض ليس هناك دليل يمنع من ذلك .

ولذلك فالعناصر المهمة للتفرقة بينهما هي الاعتراف بالشخصـية الاعتباريـة للشركة ، وأ ا هي التي تملك أموال الشركة في القانون ، وأن مسؤولية الشريك فيها مسؤولية محدودة بقيمة السهم فقط دون بقية أمواله ، ولذلك سنركز عليها فيما بعد

تصور الدكتور القري للشركات المساهمة :

1- أن هناك فروقاً جوهرية بين شركة العنان والشركات المساهمة إضـافة إلى أن مرجعية الشركات الحديثة هي القوانين والقواعد المنظمة لها ، ولذلك لا بد أن ينظر إليها ذه النظرة وليس بنظرة الفقهاء ، ومن هنا " فجميـع الفتـاوى الصادرة حول شركات المساهمة وكذلك البحوث الفقهية بنيت على تعريف غير صحيح للسهم ، وأغفلت أهم عنصر من عناصر شركات المساهمة وهـي

صفة المسؤولية المحدودة فيها التي تؤدي إلى توليد شخصية اعتبارية مستقلة عن حملة الأسهم "

2- أن شـراء المسـاهمين أسهم الشركة المساهمة يجعل المشتري مالكـاً ولـيس شريكاً .

3- أن الشركات المساهمة لا ينبغي قياسها على شركة العنان للفروق التي ذكرها في (ص : 21 ، 22) من بحثه والتي علقنا عليها فيما سـبق ، بل أضـاف في (ص:45) إلى ما سبق : أن تصور جميع الفتاوى المعاصـرة للشـركات المساهمة ذات المسؤولية المحدودة يقوم على أن وجه الشبه الأساسي بينها وبين شركة العنان هو الاشتراك بين حملة الأسهم في الملكية ، ولذلك فإن الاكتتاب في الأسهم ما هو إلاّ اجتماع هؤلاء الشركاء لدفع رأس المال وإنشاء الشركة التي لا تقوم حسب هذا التصور إلاّ بعد اتفاقهم على ذلك ، لكن هذا التصور ليس صحيحاً ، ولا ينطبق على الواقع وغير متفق مع حقيقـة شـركات المساهمة ، ولذلك جاءت الفتاوى التي بنيت عليه مشوشة ومتناقضة أحيانـاً ، ولا تفى بالغرض .

ثم أوضح رأيه من خلال أن حامل السهم في الشركة المساهمة ليس له الحق في أن يتصرف بأي أصل مملوك للشركة ، ولا يملك أي جزء من أصول الشركة ليس لأن حصته مشاعة غير مقسومة ، وإنما لأنـه لا يملكهـا ، لأن موجودات الشركة مملوكة للشركة وليست للمساهمين .

4- قياس مسائل الشركات المساهمة على مسائل العبيد ، حيث إن هذا القيـاس يحل جميع المشاكل في نظره .

5- إن الشركة المساهمة تولد في ظل القانون كشخصية اعتبارية ، ثم تبيع نفسـها حصصاً لمن يشتري ، ولذلك نصت القوانين في ولاية نيويـورك منـذ عـام 1912م على جواز إصدار أسهم لا قيمة اسمية لها بل تباع بالمزاد عند إنشاء الشركة .

النتائج العملية على هذا التصور :

فقد رتب الدكتور القري على تصوره هذا عدة نتائج من أهمها: النتائج العملية التي رتبها على رأيه السابق :-

1- عدم اعتبار الديون والنقود في الشركات التي توجد فيها ما دامت غير مقصودة بذاتها ، حيث انتقد الباحث كل الفتاوى وقرارات المجامع التي اتجهت إلى أن الشركات التي يكون غالب موجوداتها من الديون والنقود لا يجوز تداول أسهمها بالبيع إلاّ ضمن ضوابط الصرف في حالة النقود ، أو بيع الدين في الحالة الثانية " ص: 37 من بحثه " ثم انتقد انتقاداً لاذعاً محاولات الخروج من هذا المأزق من خلال قاعدة : " للكثير حكم الكل " ، والاختلاف حول اعتبار الثلث ، أو ما زاد عن 50 % كثيراً ، لأن تطبيقها بالغ التعقيد. ص: 39 .

ثم أضاف قائلاً في ص: 39 : (على أن قياس الشركة على أحكام الرقيق يخرجنا من كل هذا التشويش ، ثم ذكر الحديث الوارد في بيع العبد وهو: " **من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلاّ أن يشترطه المبتاع**) وأقوال الفقهاء في أن مال العبد نقداً كان أو ديناً أو عرضاً للبائع إلاّ إذا اشترطه المشتري ثم ختم رأيه بقوله : (ولا يختلف تداول ملكية الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة وأسهم الشركات عما ذكر ، بل هي صورة أخرى من صور البيع التي لا تكون فيها الديون أو النقود مقصودة بذاتها بل هي تابعة ، وهي عندئذ مستثناة من أحكام الربا وأحكام بيع الدين ؛ لأن كليهما غير مقصود بذاته ، ولا أثر لهما في هذا العقد ، أما تقييد المسألة بالثلث أو النصف أو الغلبة وما إلى ذلك فلا يقوم على قاعدة صحيحة في المسألة لأن البيع إن كان واقعاً على النقود أو على الديون وهي المحل في العقد ، فلا وجه للقول بالثلث أو النصف أو الاستثناء من أحكام الصرف ، وإن كان واقعاً على الشركة فهي مثل العبد يباع وله مال) .

2- عدم اعتبار الأنشطة المحرمة كالربا ونحوه ما دام النشاط الأصلي حلالاً ، فقد ذكر أن قياس المسألة على أحكام العبيد يكشف لنا غنى الفقه الإسلامي عما

ذكره الفقهاء المعاصرون أو المجامع الفقهية من أن الأصل حرمة الإسـهام في شركات تتعامل أحياناً بالمحرمات ، أو إجازة البعض للإسهام ، أو التعامل في أسهمها بشروط وضوابط لعموم البلوى ، والحاجة العامة التي تنـزل منزلـة الضرورة ، أو قاعدة إعطاء الأكثر حكم الكل .

وعلى ضوء رأي الدكتور وقياسه أن المسألة مثل العبد الذي يأذن لـه سيده بالتجارة فيتجر ويربح وكان يعمل بالربا حيث يجـب علـى السـيد التصدق بالفضل إن علم ذلك ، وإن جهل بما يـدخل عليـه مـن الفسـاد استحسن له التصدق بالربح ، كما ذكر ذلك بعض الفقهاء . ص: 42

3- صفة قبض الأسهم ، انتقد في ص:47 تصور الفتاوى المعاصـرة وقـرارات المجامع في أن لقبض الأسهم صفة خاصة ، وهو أن قبض الكل ينوب عن قبض الجزء ، فرد على ذلك بأن بيع الأسهم ليس فيه قبض لجزء ولا لكـل ، إذ لا تصرف لحامل السهم في موجودات الشركة ، فهل يعني ذلك أنه بيع فاسد لا يصح ؟ فإن قيل إن البيع يصاحبه قبض الوثيقة التي تسمى سهماً وهذا يكفي لتحقيق القبض ، رد على ذلك بأن التصور الشرعي قام على أن هذه الوثيقـة ليست محل عقد بيع السهم ولكنها سند يثبت ملكية البـائع لتلـك الحصـة المشاعة فحسب ، والمحل في بيع السهم هو تلك الحصة الشائعة ولذلك جرت عليها أحكام البيع بالمنع إن كان ما تمثله نقود أو ديون إلاّ بشروط ذلك .

4- "عدم جواز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح ،أو تقديمها عند التصفية أو عند توزيع الأربـاح " ، هذا القرار الصادر من مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة بجدة عام 1412هـ ، وكذلك الفتاوى الصادرة بهذا الخصوص محل نقد على ضـوء تصور الدكتور القري ، حيث يقول في ص:48 : (لكن واقـع شـركات المساهمة اليوم يوضح لنا حقيقة مفادها أنه: لا تكاد توجد شـركة إلاّ ولهـا أصناف من الأسهم وليس نوعاً واحداً فحسب ، من ذلك مـثلاً : شـركة المساهمة تصدر أسهما تفضيلية في نفس الوقت أو فيما بعد وينبني على القول بأن السهم حصة الشريك في رأس المال أن الشركة لا تقوم إلاّ بعـد دفـع الشركاء لرأس المال لأنه بناء على ذلك يتحدد رأس مال الشركة ، والواقع أن

الشركة تولد في ظل القانون كشخصية اعتبارية ثم تبيع نفسها حصصاً لمن يشتري ، فيصبح عند شرائه مالكاً وليس شريكاً ، ولذلك فقد نصت القوانين في ولاية نيويورك منذ عام 1912م على جواز إصدار أسهم لا قيمة اسمية لها بل تباع بالمزاد عند إنشاء الشركة) .

مناقشة هذا التصور ونتائجه :

أولاً : لقد بنى الدكتور القري تصوره هذا على موضوع الشخصية الاعتبارية المستقلة عن حملة الأسهم ، والمسؤولية المحدودة للشركة في ظل هذه الشخصية .

لذلك ينبغي علينا أن نناقش هذين العنصرين المترابطين ، ولا نبغ من وراء المناقشة إلاّ إظهار ما نراه الراجح ، أو الصحيح ، فنقول :

إن شركات المساهمة كانت موجودة في الغرب باعتراف الدكتور القري في (ص: 13) ولم يبح لها النص على المسؤولية المحدودة إلاّ في العقد الثاني من القرن التاسع عشر في بعض الولايات الأمريكية ، ولا في بريطانيا إلاّ في عام 1855م ومع ذلك اشترطت موافقة البرلمان ، وأن القانون المدني المصري السابق لم يكن فيه نص على الشخصية الاعتبارية للشركات المساهمة ولذلك كان القضاء منقسماً تارة يقرر لها الشخصية المعنوية ، وتارة ينكرها عليها إلى أن حسمه القانون المدني الحالي الصادر في عام 1949م ، وكان الأمر على هذا الخلاف في القانون المدني الفرنسي ثم استقر الفقه والقضاء في فرنسا على أن الشركة المدنية تتمتع بالشخصية المعنوية [1].

ولذلك فقد ظهر أن البحث عن إيجاد علاقة بين المكونات للأسهم وبين الشخصية الاعتبارية أو المعنوية لا يؤدي إلى نتيجة مناسبة لحل المشاكل الناجمة عن نوعية هذه المكونات وتأثيرها على التكييف الشرعي أو الفقهي للأسهم والتصرف فيها ، وذلك لأن الأسهم ، والشركات المساهمة طبقت في

---

(1) السنهوري : الوسيط (5 / 289 ـ 291)

بلدان مختلفة ، ولعشرات السنين قبل أن تفرض لها شخصية اعتبارية فظهر أنه لا تلازم بينهما، وبالتالي فلا يصح ما قيل من بناء أحكام الأسهم الـتي ذكرهـا الكاتب على الشخصية الاعتبارية ، ومن جانب آخر فإن الشخصية المعنوية لم تنشأ في ظل القوانين الوضعية إلاّ حيلة قانونية لمشكلة المسـؤولية اللامحـدودة للشـركات العادية التي ترتبت عليها نتائج خطيرة في ظل القـيم الأخلاقيـة والدينية ، حتى كانت بعض القوانين مثل قانون الشركات في بريطانيا الصـادر عام 1844م ينص على أن المسؤولية فيها غير محدودة، وظل الأمر كـذلك في ولاية كاليفورنيا التي هي من أغنى الولايات الأمريكية إلى عام 1931م ، ممـا دفع بالناس إلى الإحجام عن المشاركات ليس خوفاً من ضياع رأس المال فقط ، وإنما الخوف من ضياع جميع أموال الشريك قاطبة لو وقعت الشركة في خسائر كبيرة ، حيث كانت الشركات السابقة كلها تضامنية " من حيث المبـدأ " ، ولذلك حينما فشلت بريطانيا في جمع الأموال الكافية لتمويل مشروع السكك الحديدية بسبب خوف الناس من المسؤولية المطلقة أصدرت قانوناً عام 1855م يجيز النص على المسؤولية المحدودة بموافقة البرلمان .

فهذه الشخصية الاعتبارية للشركات أوجـد ا ضـرورات الحيـاة الاجتماعية والاقتصادية ، ولم تكن موجودة في ظل القـانون الرومـاني إلاّ في العصور المتأخرة ، ومع ذلك لم يعترف ا إلاّ للشركات التي كانـت الدولـة الرومانية تتنازل لها عن حق تحصيل الإتاوات المفروضة لها وشركات اسـتغلال مناجم الذهب والفضة ، والتي كانت تقوم في صورة توصية ، وأما عدا ذلـك فلم يتصورها لشيء آخر ، فقد كان المحشون الأوائـل للقـانون الرومـاني لم يتصوروا كون الشخص المعنوي شخصاً قانونياً قائماً بذاته منفصلاً عن ذمـم الأشخاص المشتركين ومن ثمة لم يكن في خلدهم تصور ملكية لكائن قـانوني جديد ، منفصلة عن ملكية هؤلاء الأشخاص غير أ م وصلوا إلى أن الديون تقع في ذمم المشتركين بالإضافة إلى أن ذمة الجماعة تضمنها ، ثم تأثر م المحشـون اللاحقون واعتبروا أن أموال الشخص المعنوي ترد عليهـا ملكيتـان ملكيـة الشخص المعنوي نفسه ، وملكية احتياطية للجماعة المشـتركة في تكوينـه ، فحينئذ يسأل الشخص عن ديونه بصفة أصلية، ويسأل عنها الأشخاص بصـفة

احتياطية ، ثم تطورت الظروف الاجتماعية والاقتصادية وبدأت مشاكل كثيرة وصعوبات جمة تظهر للدائنين للشركة كما أصبحت الكنيسة تمتلـك أمـوالاً كثيرة فخطا الكنسيون خطوة هامة ـذا الخصوص واعتبروا الشخص المعنـوي كائناً قانونياً منفصلاً عن الأشخاص الذين يكونونه، ثم امتدت فكرة الشخص الاعتباري لتشمل الدولة ، والهيئات والشركات والجمعيات ... وأصـبحت كائناً قانونياً يعيش حياة مستقلة عن الأشخاص المكونين لها.

وقد كانت الدولة في البداية وراء وصول القانون إلى هذه الفكرة حيث كانت تلاقي صعوبات جمة في كيفية تحصيل الضرائب من الشركاء المكـونين للشركة من حيث الإشراف عليهم ، ومحاسبتهم وبالتالي أخذ الضرائب منهم 0 ولذلك جاء الاعتراف بالشخصية المعنوية من خلال منحها بعـض خصـائص الشخصية الطبيعية أهمها تصور ذمة مالية لها منفصلة عن ذمـم الأشـخاص ؛ ليسهل للدولة الوصول إلى تحقيق مآر ا من تحصيل الضرائب بصورة ميسـرة؛ ولذلك نرى أ ا ظهرت أول مرة في الشركات التي تنازلت لها الدولة في جمـع الضرائب بالإضافة إلى تحقيق التعاون المستمر الذي لا ينتهي بعمر أحد الشركاء إذن فقد تم هذا الاعتراف بحيلة قانونية)[1]0

فالقانون يعترف ـذه الشخصية المستقلة ، حتى يكون للشركة كيـان خاص وحياة مستقلة عن حياة الأعضاء فيها ، فحقوقها غير مختلطـة بحقـوق الأعضاء ، كما وأن التزاما ا منفصلة عن التزاما م[2].

ومن جانب آخر فإن جمهور القانونيين على أن الشخصية الاعتباريـة ليست على سبيل الحقيقة بل هي على سبيل الفرض ، ولذلك يحل محلها نائب يعبر عن إراد ا " 53م م فقرة 3 " ، بل أكثر من ذلك فـإن بعـض علمـاء القانون الوضعي قد أخذ ـذا التكييف الشرعي للشـركة في تحديـد مركـز الأشخاص الطبيعيين من الشخص المعنوي وجعلوهم وكلاء عنه ، يقول الأستاذ

(1) مبدأ الرضا في العقود . للدكتور علي محيي الدين القره داغي / ط . دار البشائر الإسلامية ، الطبعـة الأولى 1985م (1 / 350 ـ 351) ومصادره المعتمدة .
(2) محكمة النقض بمصر"الدائرة الجنائية "في1956/6/4م المنشور في ا موعـة الرسمية،السـنة56 رقـم 92 العددان5،6

الدكتور ثروت عبدالرحيم : (بل إن التصوير التقليدي لهذا المركز يقوم على فكرة الوكالة ، ولذلك درج القضاء على اعتبار المدير وكيلاً عنه وإن كان قد انتقد هذا الاتجاه بأن الوكالة تحتاج إلى إرادتين ، والشخص المعنوي لا إرادة له ، غير أنه قد أجيب عنه بأن للشخص المعنوي إرادة جماعية مستقلة عن إرادة الأشخاص المكونين له ، بل إن بعضهم قد أعتبر الشخص المعنوي كالشخص الطبيعي ، فكما أن الشخص الطبيعي يتكون من عدة خلايا فكذلك الشخص المعنوي يتكون من الأفراد الذين هم بمثابة الخلايا في تكوينه ، ومهما كان من الأفراد فإن الفقه الوضعي لا يهدر دور الأشخاص المكونين للشخص المعنوي ، ولا يهمل إرادتهم ، وبذلك يقترب من الفقه الإسلامي الذي أعطى الاعتبار الأول للأشخاص باعتبارهم وكلاء متضامنين ، أي أنهم بنيان قانوني واحد ينوب كل واحد مقام الآخر في تحقيق أهداف الشركة ، ويلزمه ما التزم به الآخر) [1].

والخلاصة أن الشركاء هم الذين أنشئوا الشركة كما أن لهم الحق في إنهائها وفسخها ، إذن فهم الذين أنشئوا الشخصية المعنوية للشركة التي تتمتع بذمة مستقلة ولكنها في حدود أغراض الشركة التي وضعها الشركاء المؤسسون ويطلق على هذا الأمر مبدأ التخصص الذي يحد ، أو يقيد من أهلية الوجوب للشخص المعنوي ويجعل تصرفات الشركة وحقوقها تقتصر على ما هو لازم لتحقيق الغرض الذي تكونت من أجله ، وهذا ما يجعل الشخص المعنوي مختلفاً عن الشخص الطبيعي الذي يستطيع أن يقوم بجميع التصرفات دون تقييد إلاّ في حدود القانون [2] .

كما أن الشركاء هم الذين يحددون من يمثل هذه الشخصية المعنوية من خلال اختيارهم لمجلس الإدارة الذي هو ينوب عنها أو هو ينيب المدير ، أو الإدارة بالقيام بالواجب ، وقد نص قرار لمحكمة استئناف مصر على أن (القواعد القانونية أباحت للشريك أن يدير مال الشركة بالتوكيل عن بقية

(1) مبدأ الرضا في العقود للدكتور علي محي الدين القره داغي / ط . دار البشائر الإسلامية، الطبعة الأولى 1985م (1/ 356 ـ 357) ومصادره المعتمدة .
(2) د . فوزي محمد سامي : شرح القانون التجاري ، ط . مكتبة دار الثقافة بعمان(55/3)

الشركاء ويعد نائباً لهم أصالة عن نفسه ، وبالنيابة عنهم)[1] . وقد نصت المادة " 53 مدني مصر" على أن الشخص الاعتباري " يكون له نائب عن إرادته" .

وأن المقصود بالذمة المالية المستقلة لا يعني أن المساهمين لم تبـق لهـم علاقة بموجودات الشركة ، ولذلك تعود إليهم عند التصفية ، وإنما يعني أ ـم تنازلوا عن الأمور الإدارية لصالح الشـخصية المعنوية التي تتمثـل في مجلـس الإدارة ، أو الإدارة ، وأن هذه الذمة هي الضمانة العامة لدائني الشركة ، وأن الشركة ليست لها علاقة بالتزامات الشركاء حتى تسير الأمور بدقة وانتظـام ودون خلط بين التزامات الشركة ، والتزامات الشركاء ، ذلك الخلط الـذي تسبب في عرقلة الشركات في السابق وعدم تطويرها وعدم تشـجيع النـاس عليها بسبب الخوف من آثار المسؤولية المطلقة [2] .

وقصدي من ذلك أن ما قرره القانونيون من استقلال ذمة الشـركة وآثارها لا يعني البتة أن الشركاء قد انقطعت صلتهم بالشركة حتى عن طريق النيابة ، وإلاّ حتى لو قلنا : إن أموال الشركة ملك للشركة ، أو للشخصـية الاعتبارية ، يرد سؤال آخر : فمن يملك الشركة ، أو الشخصية الاعتباريـة ؟ إذا كان من ا مع عليه بين العقلاء جميعاً أن الشخصية الاعتبارية ليست لهـا إرادة بذا ا ، وإنما كل ما يمكن القول : أ ا أمر اعتباري له آثاره وخصوصيته يمثله الشخص الطبيعي ، فهي مثل ما نسميه في الفقه الإسلامي الذمة التي هي أمر اعتباري أو حتى الملكية ونحوها.

والذي نراه هو أن هذه الأمور من فصل الإدارة عن الشركاء، وكون المسؤولية محدودة بقيمة السهم ، وكون السهم قابلاً للتـداول دون موافقـة الشركاء ونحوها داخل في الشروط التي اتفق عليها الشركاء والتزموا ا مـن باب : (المسلمون عند شروطهم)[3] أو كما يقول القانونيون :(العقد شـريعة المتعاقدين) ، (إلاّ شرطاً يخالف نصاً واضحاً أو إجماعاً صـريحاً) ولـذلك

(1) محكمة استئناف مصر في 1905/12/7م المذكور في موسوعة القضاء في المواد التجارية للأستاذ عبد المعين لطفي جمعة ، ط . دار الكتاب العربي بالقاهرة (ص 547)
(2) د . السنهوري : الوسيط ، ط. دار إحياء التراث العربي (316/5 ـ 317)
(3) جزء من حديث رواه الترمذي ـ مع تحفة الأحوذي ـ (584/4)

أجازت القوانين أن يتفق الشركاء في عقد التأسيس ، أو النظام الأساسي ، أو النشرة المرافقة أنه لا يجوز بيع أسهم الشريك إلاّ بعد موافقة بقية الشركاء ،أو مجلس الإدارة ، أو نحو ذلك[1] ، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : (متى كان نص العقد صريحاً في أنه ليس لأي شريك حق التنازل ، أو بيع حصـته لأي شريك آخر إلاّ بموافقة جميع الشركاء كتابة ، فإنه يكون صحيحاً ما قرره الحكم من أنه لا يسوغ لأحد الشركاء أن يقبل ما طلبه شريك آخـر مـن تعديل حصته في رأس المال ما دام أن هذا الطلب لم يوافق عليه باقي الشركاء كتابة)[2] .

فالشركاء هم الذين أنشئوا الشركة وبالتالي الشخصية الاعتبارية وهم الذين لهم الحق في فسخها من خلال الجمعية العمومية ، وهم الذين لهم حـق الاعتراض ، وتبرئة ذمة " مجلس الإدارة " أو غيرها، وهم الذين يملكون بعـد التصفية جميع موجودات الشركة ملكية شائعة بينهم جميعاً بقدر حصصـهم وأسهمهم حسب القواعد المتعلقة بقسمة المال الشائع كما نصت على ذلـك معظم القوانين [3].

ثانياً: أن عنصر الاشتراك – مع تقديم المال من جميع الشركاء ، وإدار م للشـركة إما بأنفسهم ، وإما بالوكلاء عنهم مثل مجلس الإدارة في شركة المسـاهمة – هو أهم العناصر المؤثرة التي تصلح أن تكون العلة الجامعة المؤثرة بين شـركة العنان والشركة المساهمة، وأن الشخصية الاعتبارية ومالها من ذمـة مسـتقلة ومسؤولية محدودة ليس لها التأثير المناسب في إبعاد العلاقة بين شركة العنـان والشركة المساهمة ، وذلك لأ ا تعود إلى الأمور الإداريـة ، والإراديـة بـل والفرضية التقديرية التي يجوز للشركاء التقيد ا .

ثالثاً : **قياس الشركة على العبد :** وقد استعمل الباحث قياسين هما: قياس الشركة وهي ذمة مالية مستقلة مملوكة للمساهمين على العبد الذي له مال ، ومأذون له

(1) د . السنهوري : الوسيط (5/ 355)
(2) نقض مدني 13 ديسمبر عام 1956م ، منشور في مجموعة أحكام النقض (7 رقم 139 ص 975)
(3) د . السنهوري / الوسيط (350/5)0

بالتجارة ، وقياس المساهمين على السيد ، ووجه القياسين أن للشركة ذمة مالية مستقلة مع أنها محل التداول كما أن العبد له ذمة مالية مع أنه يباع ويشترى بغض النظر عن ماله المتمثل في دين ، أو نقد ، أو كسب غير مشروع ، كما أن السيد يملك العبد والعبد يملك ماله كذلك المساهم يملك الشركة ، ولكن الشركة هي التي تملك أموالها وليس المساهم .

توضيح :

وللأمانة العلمية فقد سمعت في إحدى الندوات العلمية: أن الدكتور القري يقول: إن هناك بعض القانونيين أو الاقتصاديين ذكروا قياس الشركة والشخصية الاعتبارية على نظام العبيد ، أو الرهن المغلق ، وهذا دليل على أنه مسبوق بهذا الرأي.

ويمكن الجواب عن هذا القياس من وجوه :

الوجه الأول: أن العبد (المقيس عليه) من حيث هو قيمة مالية عينية كبيرة في حين أن الشركة إذا لم تكن لها موجودات قد لا تكون لها قيمة مالية أبداً وبخاصة إذا لم تكن لرخصتها قيمة ، وأن الشركة من حيث هي ليست مالاً عينياً وإنما في حالة أهميتها هي حق معنوي فقط عند القانونيين أنفسهم[1] ، ومن جانب آخر فإن الشركة إذا كانت موجوداتها محرمات ، فأين قيمة الشركة نفسها ؟ فقد لا تكون لها قيمة تذكر في حين أن العبد من حيث هو عبد قيمة مالية عينية ، فهذا فرق جوهري يجعل القياس مع الفارق.

الوجه الثاني: أن كون العبد يملك قول مخالف لرأي جمهور الفقهاء، وبالتالي يكون قياسه على شيء مختلف فيه ـ وهو محل نظر بين الأصوليين ـ حيث اختلف الفقهاء ، فذهب الجمهور ـ منهم أبو حنيفة ، والثوري ، وإسحاق ، والشافعي في الجديد ، وأحمد في رواية ـ إلى أن العبد لا يملك المال بحال ، لأنه مملوك فكيف يملك؟ ثمّ إنه يؤدي إلى اجتماع ملكين على الحقيقة

---

(1) يراجع بحثنا : " الحقوق المعنوية " المنشور ضمن بحوث المعاملات المالية المعاصرة، ط . دار البشائر الإسلامية ببيروت .

والكمال في مال واحد، وهذا غير متصور[1] ، وقد اسـتدلوا بأدلـة ، منـها الحديث الذي نذكره في الوجه الرابع.

وذهب مالك ، والشافعي في القديم ، وأحمد في الرواية الثانية " وهي الأصح كما قال ابن تيمـية " إلى أنه يملك إذا ملكه سـيده ، لأنه آدمـي حي حجِر عليه لحق سـيده ، فإذا أذن له في التملك ملك لثبوت المقتضـى وهو الآدمية مع الحياة وزوال المانع [2].

فعلى ضوء ذلك لا يستقيم رأي الدكتور القري لأنه مبني علـى أن السيد يملك العبد ، ولا يملك ماله ، في حين أن الجميع يتفقون على أن السيد يملك مال العبد ، ولذلك قالوا جميعاً إذا مات الرقيق المُمـلّك ارتفع ملكـه عن المال ، ولا يورث عنه بل يكون لسيده ، وإذا أتلف هذا المال انقطع ملك العبد عنه بل يكون للسيد حق المطالبة دون الرقيق [3]. وإذا باعه فإن ماله له إلاّ إذا اشترط المبتاع ـ كما ورد في الحديث .

الوجه الثالث: أن هناك نظراً في استقامة الاستدلال لرأيه على الحـديث الـوارد في موضوع العبد الذي رواه الشيخان وغيرهما بسندهم عن ابن عمـر قـال : سمعت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ يقول:((**من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرها للبائع إلاّ أن يشترط المبتاع ، ومن باع عبداً وله مال فمالـه للذي باعه إلاّ أن يشترط المبتاع**)[4] . قال الحافظ ابن حجر: قال ابن دقيـق العبد: (استدل به لمالك على أن العبد يملك لإضافة الملك إليه باللام ، وهـي ظاهرة في الملك ، قال غيره : يؤخذ منه أن العبد إذا مـلّكه سيده مالاً فإنـه يملكه ، وبه قال مالك وكذا الشافعي في القديم ، لكنه إذا باعه بعد ذلك رجع

(1) رد المختار على الدرر المختار (443/5) والزرقاني (196/3 ، و 126/8) ، وروضة الطالبين (574/3 و،26/10) ، والمغني لابن قدامة (174/4)
(2) الزرقاني (126/8) ، وروضة الطالبين (574/3 و 26/10) ، والمغني لابن قدامة (174/4، 623/2 ـ 625) ، وبلغة الساغب للفخر ابن تيمية ، تحقيق د . بكر بن عبدالله بو زيد ، ط. مجمع الفقه الإسلامي بجدة (ص 203)
(3) المراجع السابقة نفسها0
(4) صحيح البخاري ، كتاب المساقاة ، مع فتح الباري (49/5) ، وصحيح مسـلم مـن كتـاب البيـوع (1173/3)

المال لسيده إلاّ أن يشترطه المبتاع ، وكذلك الأمر لو زال ملك السيد بـأي معاوضة فالمال للسيد إلاّ أن يشترطه الآخر ، كما أن مال العبد المباع ينـزع منه إلى المشتري إذا اشترط ذلك.[1]

فعلى ضوء ذلك فالحديث يثبت للسيد حق انتزاع أموال عبده في حين أن المساهم لا يستطيع ذلك ، فلم يستقم الاستدلال به .

قال الباجي: (وقوله " فماله للبائع" يريد ـ والله أعلم ـ أنه بمجرد البيع يزول ملكه عن المال ، ويدخل في ملك البائع ، فيكون بيـده كالمـال المستفاد ، لأنه حينئذ يصبح ملكه فيثبت بذلك أن البيع يقتضي انتزاع السيد مال العبد ، لأن له شبهة في ملكه تثبت بملك انتزاعه متى شاء)[2] .

ذكر ابن رشد (الجد) أن العبد وإن كان يملك عند مالك ما ملكـه سيده، لكن ملكه لماله غير مستقر ، إذ لسيده أن ينـزع منه ماله بغير رضاه ، ولذلك لم يحرم عليه أن يأخذ منه ما أربى معه فيه إلاّ أنه كره ذلـك ، إذ لم يأخذه بوجه الانتزاع ، وإنما أخذه باسم الربا [3].

والتحقيق أن الحديث نص في **أن مال العبد عند بيعه يكون للبائع** إلاّ إذا اشترطه المشتري فيكون له ، وعلى ضوء ذلك فالحديث ظاهر في دلالته على أن العبد لا يملك من حيث المبدأ ـ إذ لو كان يملك ماله الذي أعطى له لبقى له ، في حين أن الحديث نص في أنه إما للبائع أي المالـك الأول إلاّ إذا تنازل عنه بالشرط للمشتري ، والذين قالوا بأن العبـد يملـك لم يعارضـوا الحديث ووافقوا على مقتضاه 0

إذن فكيف تتحقق الملكية للعبد وهو عند بيعه لا يبقى له مال حيث يكون للبائع إلاّ إذا تنازل عنه للمشتري بالشرط ، وهذا إن دل على شـيء فإنما يدل على أن العبد إذا قلنا يملك فإنه يملك بتمليك سيده إياه وأن هـذه الملكية ليست تامة ، وإنما ناقصة موقتة ، كما قال ابن رشد وغيره .

---

(1) فتح الباري (5 / 51) والبيان والتحصيل (290/17)
(2) المنتقى (170/4)
(3) البيان والتحصيل (17 / 290)

وأما إضافة المال إلى العبد فهي كما يقول النحاة لأدنى ملابسة، وأ ا إضافة مجازية مثل إضافة الثمرة إلى الشجرة ، فعلى ضوء ذلك فقياس الشركة علـى العبد قياس لا يستقيم حتى على قول من قال بأن العبد يملك ؛ لأ م قالوا عند بيعه يكون ماله للبائع إلاّ إذا تنازل للمشتري بالشرط في حـين ان المسـاهم يملك أسهمه ملكية تامة مستقرة ، وله الحق في التصرف فيها .

وبذلك يتضح أنه لا يصح أن يبني نظام الشركة المساهمة على مسألة العبد من جميع الوجوه [1].

ولذلك عقّب العلامة الشيخ الصديق الضرير على بحث الدكتور محمد القري بقوله : (واختلاف الفقهاء في كون العبد يملك أو لا يملك لا يؤثر في الحكم المتفق عليه ، وهو أن العبد وما ملك لسيده ، وما قرره الدكتور القري من أن " السيد يملك العبد لكنه لا يملك مال العبد " خطأ لا نزاع فيه سواء أخـذنا برأي من يقول : العبد يملك ، أو من يقول : العبد لا يملك ، وبناء على هذا فإن قياس الدكتور القري ملك حامل السهم للشركة على ملك السيد للعبـد يهدم نظريته من أساسها ، لأن السيد يملك العبد وما ملكه ، فيجب أن يملك حامل السهم الشركة وما ملكت ، فقول الدكتور القري : " وكذلك الحال في الشركة فحملة الأسهم يملكون الشركة لكنهم لا يملكـون موجـودات الشركة " خطأ بناء على قياسه) [2].

الوجه الرابع: ان الدكتور القري يقرر في أكثر من مكان أن الشـركة " الشخصـية الاعتبارية " (تبيع نفسها حصصاً لمن يشتري) ص:45 ومن المتفق عليه أن العبد لا يجوز أن يبيع نفسه .

الوجه الخامس: أن أوجه الشبه التي ذكرها الدكتور القري بين الشـركة المسـاهمة ، وبين العبد لا تخلو من نظر ، بل تستقيم فقهاً ، فما ذكره في فقـرة " أ " أن كليهما أموال مملوكة لأصحا ا يرد عليه بالفرق بينهما فالعبد مال عـيني، في

(1) بحث الأمانة العامة للهيئة الشرعية لشركة الراجحي (ص 29)
(2) تعليق الشيخ الصديق الضرير على بحث الدكتور محمد علي القري : " الشخصية الاعتبارية " المنشـور في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية /ا لمد الخامس ، العدد الثاني المحرم 1419هـ (ص 71) .

حين أن مجرد الشخصية الاعتبارية ليس مالاً أو ليس مالاً عينياً ، وما ذكره في فقرة " ب " من أن لكل واحد منهما دخلاً يرد عليه بالعقار الذي له دخل من خلال الأجرة ، وفي فقرة " ج " أن كليهما يكون للتجارة والقنية منقوض ببقية العروض ، وفي فقرة " د " كون ملكيتهما ناقصة وهذا منقوض بأن العبد وما يملكه للسيد ـ كما سبق ـ ، وفي فقرة " هـ " من أن كليهما مملوك لفرد واحد أو لأكثر من واحد بالاشتراك وهذا ليس خاصاً بالعبد فتصور الدكتور القري وصفه الشيخ الضرير بالخيال ، ثم قال: (ولا أظنني في حاجة إلى التعليق على هذا الخيال)[1].

رابعاً: إن ما قاله من ضرورة النظر إلى الشركات المساهمة بنظرة القوانين دون نظر الفقهاء المعاصرين الذين وقعوا في فتاوى متناقضة أو مشوشة محل نظر ، وذلك لأن الفقهاء وإن كان عليهم الرجوع إلى المصادر القانونية واستيعاب ما فيها ، ولكنهم لا يلزمون بأن يأخذوا بتكييفها إذا كان يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، أو مسلمات العقود في الفقه الإسلامي . **ففي هذه المسألة يؤيد الدكتور القري رأي القانونيين** في **أن** حملة **الأسهم لا** يملكون **أية حصة من موجودات الشركة ، وإنما الشركة هي** التي تملكها **.**

وهذا الرأي غريب ، إذ كيف لا يملك المساهمون موجودات الشركة، مع أنهم يملكون أسهمها ؟! ولذلك لم **يقبله الفقهاء المعاصرون (والمجامع الفقهية)** الذين اعتبروا أن السهم يمثل حصة شائعة من الشركة ، وأن حملة الأسهم يملكون حصصاً شائعة من الشركة ، وهذا الرأي هو الصحيح ، لأن رأي القانونيين ـ كما يقول الشيخ الصديق الضرير ـ يتعارض مع أحكام متفق عليها لشركات المساهمة ، منها أن المساهم له حق التصرف في سهمه بالبيع ، أو الهبة .. . إلخ 0 وهذا دليل الملك ، لأن الإنسان لا يبيع ما لا يملك، ولا يصح أن يقال : إنه يبيع الوثيقة ، لأن هذه الوثيقة لا قيمة لها إذا جردناها عما تدل عليه ، ومنها أن المساهم يستحق نصيباً في

---

(1) المرجع السابق نفسه ص65

موجودات الشركة عند تصفيتها ، وهذا دليل آخر على أنه يملك حصـة في الشركة .

وهذا التعارض منتف إذا أخذنا برأي الفقهاء ، وكل مـا يمكـن أن يوجه إلى رأي الفقهاء هو أن المساهم لا يستطيع أن يطالب بنصيبه ما دامت الشركة قائمة ، ولا مانع من هذا الشرط ، لأن المساهم وافق عليـه عنـدما ساهم ، وهو لا يتعارض مع حقيقة الملك ، وكل ما يترتب عليه هو أنه يجعل ملكية السهم ونصيبه في موجودات الشركة مقيدة ذا القيد ، وهـو عـدم المطالبة به في أثناء قيام الشركة[1] .

وأعتقد أن كلام القانونيين أيضاً لا يقصد منه قطع الصلة تماماً بـين موجودات الشركة وبين المساهمين ـ كما سبق ـ بل إن الدكتور القـري اعترف في ص : 50 بأن ما ملكته الشركة يؤول إلى ملك أصحا ا من حملة الأسهم عند تصفية الشركة أو انتهاء مد ا ، أو اتفاقهم على انتـزاع تلـك الأموال منها .

خامساً: أن تصور الدكتور القري في ص :49 ، في أن الناس عنـدما يكتتبـون في الشركة هم كمن يشتري شقصاً من ذلك الرقيق فيضحى شريكاً في امتلاكه ، وكل من اشترى سهماً فقد اشترى حصة في هذه الشخصـية الاعتباريـة في الشركة ... وأن الناس عند الاكتتاب لا ينشئون شركة بل هـم يشـترون أسهماً في شخصية اعتبارية قد أوجدها القانون .

وهنا لنا أن نتساءل: متى تتحقق هذه الشخصية الاعتبارية أليسـت تتحقق بعد اتفاق المؤسسين على تأسيس الشـركة والتوقيـع علـى عقـد التأسيس ، ثم موافقة الجهات الرسمية عليه ثم الإشهار ؟ فقد جاء في المادة 13 من نظام الشركات السعودي : (تعتبر الشركة من وقت تأسيسـها شخصـاً اعتبارياً، ولكن لا يحتج ذه الشخصية في مواجهة الغير إلاّ بعـد اسـتيفاء

(1) الشيخ الصديق الضرير: تعليقه على بحث الدكتور القري المنشور في دراسات اقتصادية / ا ـد الخـامس ، العدد الثاني (ص 64)

إجراءات الشهر) كما نصت المادة 64 منه على أنه : (تعتبر الشركة مؤسسة تأسيساً صحيحاً من تأريخ صدور قرار الوزير بإعلان تأسيسها).

وإذا كان الأمر كذلك فهؤلاء المساهمون المؤسسون الذين تشترط جميع القوانين دفع نسبة من رأس مال الشركة : ما الذي اشتروه ؟ وهل يمكن شراء شيء لم يوجد بعد ؟ وحتى المكتتبون ما الذي اشتروه ؟

إن التصور الفقهي الصحيح يقوم على أن المؤسسين والمكتتبين مشاركون بما دفعوه ووافقوا عليه وليسوا مشترين ، وإلاّ لو كان ذلك شراء فأين محل العقد ؟ وكيف القبض ؟ ولذلك فالتصور المعاصر قائم على أن الشركة تقوم باجتماع الشركاء لإنشائها ودفعهم لحصصهم من رأس المال بالاكتتاب .

ويقول الدكتور القري معمقاً هذا التصور في ص : 48 :(إن الشركة تولد في ظل القانون كشخصية اعتبارية ثم تبيع نفسها حصصاً لمن يشتري فيصبح عند شرائه مالكاً وليس شريكاً)0

وقد علق العلامة الصديق الضرير: (ولا أظنني في حاجة إلى التعليق على هذا الخيال القائم على تصور مخالف للواقع والمشاهد)[1]0

خامساً: إن اعتبار مشاركة المساهمين في الشركة المساهمة من باب شركة الملك وليست شركة عقد لا يخلو من مخالفة لجميع الفقهاء المعاصرين ، بل لم أره كذلك في التكييف القانوني ، وأراه مخالفاً للواقع ، فالشخصية الاعتبارية ليست حقيقية بل هي اعتبارية عند القانونيين - كما سبق - فاسمها "الشخصية الاعتبارية " حتى قال الدكتور القري " تسميتها بالمعنوية خطأ " فكيف تجري شركة الملك فيها ؟ [2].

(1) المرجع السابق (ص 67)
(2) شركة الملك يقصد بها أن يكون الشيء مشتركاً بين اثنين أو أكثر بسبب من أسباب التملك كالشراء والهبة والوصية ، وهي إما شركة جبر أي دون إرادة الشركاء مثل الورثة الذين يشتركون في سيارة - مثلاً - حيث يصبحان مشتركين ، واما شركة العقد فهي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح ، حيث إن المقصود بشركة العقد هو الاسترباح ، وأن المشاركين عليهم العمل للوصول إليه . يراجع للتفصيل : الفتاوى الهندية (301/2) ومجمع

سادساً: النتائج التي ذكرناها والتي بناها الدكتور القري على قياس الشركة المسـاهمة على أحكام العبيد في غاية من الخطـورة ، يقول الشـيخ الصديق الضرير : (هذه هي الغاية التي يريد الدكتور القري أن يصل إليها ، فالعبد المأذون ربما يغش في التجارة ، ويتعامل بالربا ، ويتاجر في الخمر ، ولا يتعلق ذلك بسيده والشركة شبيهة بالعبد المأذون فلا حرج عليكم يا أسياد الشركة " المساهمين " أن تمتلكوا الشركات التي تغش في التجارة وتتعامل بالربا ، وتبيع الخمـر... لأنكم لا سلطة لكم عليها فالشركة تتصرف بشكل مستقل عـنكم ... ولا حول ولا قوة إلاّ بالله)[1] .

ومن جانب آخر فإن هذه النتائج المبنية على هذا القياس غـير مسـلمة للوجوه التالية :

أولاً: أن السيد إذا علم أن عبده يتعامل بالربا أو المحرمات الأخرى فلا يجوز لـه أن يأذن له بالتجارة ، فإن فعل فهو آثم وإن أذن والحالة هذه فتجر وربح وكـان يعمل بالربا وجب على السيد أن يتخلص من الفضل ، قـال أبـو الحسـن اللخمي : (لا ينبغي للسيد أن يأذن لعبده في التجارة إذا كان غير مأمون فيما تولاه ، إما لأنه يعمل بالربا ، أو خائن في معاملته ، أو نحو ذلك ، فإن تجـر فربح وكان يعمل بالربا تصدق السيد بالفضل ، وإن كان يجهل ما يدخل عليه من الفساد في بيعه ذلك استحسن له التصدق بالربح من غير إخبار) ثم نقـل عن مالك في المدونة [2] قوله : (لا أرى للمسلم أن يستتجر عبده النصـراني ، ولا يأمره ببيع شيء لقول الله تعالى: ﴿ **وأخذهم الربا وقد نهوا عنه** ﴾[3]، وقد علق ابن شاس على ذلك تعليقاً يتعارض مع ما وصل إليه الـدكتور القـري حيث قال : (وهذا كله إذا كان تجره لنفسه ، فإن كان تجره لسيده لم يجـز

الأ م(722/1) وبدائع الصنائع (56/6) وأقرب المسالك (99/2) وحاشية البجيرمي على شرح المنـهج (13/2) والروض المربع (209/2) ، ويراجع : د. عبدالعزيز الخياط : الشركات ، ط. الرسالة (38/1 ـ 47)

(1) الشيخ الصديق الضرير : تعليقه على بحث الدكتور القري المنشور في دراسات اقتصادية / المجلد الخـامس ، العدد الثاني (ص 71)

(2) المدونة (245/5)

(3) سورة النساء / الآية (161)

شيء من ذلك وصار بمنزلة ما لو كان السيد المتولي لذلك البيع لأنه وكيل له)[1] .

فالشركة المساهمة لا تعمل لنفسها لأنها ليس لها وجود حقيقي، وإنما نتائج أعمالها وتصرفاتها من الربح والخسارة تكون للمساهمين، إذن فعلى ضوء ذلك لا تجوز هذه التصرفات ولا القبول بنتائجها قليلاً أو كثيراً إلاّ على ضوء أدلة أخرى إن وجدت .

ثانياً: إن الدكتور القري أراد – كما قال الشيخ الصديق – أن يخلص المساهم من كل مشاكل الشركات المساهمة التي أصل نشاطها حلال ولكنها تتعامل بالمحرمات كالربا ونحوه من خلال تكييف فقهي قائم على قياسها على أحكام العبيد ، ولنا أن نتساءل : أليست هذه المحرمات تصبح جزءاً من هذه الشخصية الاعتبارية ، أو تصرفاً من تصرفاتها ، ثم أليست هذه الشخصية على رأي الدكتور القري ملكاً لمساهميها ، فهل وجود واسطة اعتبارية تعفي المالك من المحرمات التي ترتكبها هذه الواسطة ؟ لا أشك أن أي تأصيل فقهي أصيل لا يصل إلى إعفاء المالك من المسؤولية ما دام عالماً بذلك ، أو من شأنه العلم بذلك .

ثالثاً: إن هذه الشريعة دينية أخلاقية وأن أحكامها لا تنفك عن المقاصد والنيات، كما قال الرسول الكريم – صلى الله عليه وسلم – : (**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ...**)[2] فليست مثل القوانين التي إن وجدت فيها ثغرة نجا منها صاحبها ، ولذلك يعتبر البحث عن المخارج التي تؤدي إلى تحليل الحرام ، أو تحريم الحرام حيلة يعاقب عليها الإنسان المسلم ، كما هو الحال في بيع العينة رتبه المتعاملان على أساس البيع الذي تتوافر فيه جميع أركانه وشروطه ومع ذلك أبطله الجمهور وحرموه . ومن جانب آخر فإن الأحكام

(1) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة / ط . مجمع الفقه الإسلامي الدولي (538/2) ، وقد نقل هذا القرافي في الذخيرة / ط. دار الغرب الإسلامي (319/5)

(2) الحديث رواه البخاري في صحيحه – مع فتح البخاري – (12/1) ، ومسلم (1515/3)، وأبو داود – مع عون المعبود – (284/6) ، والنسائي (51/) ، وابن ماجه (1413/2) ، ويراجع تلخيص الحبير (54/1)

الشرعية التكليفية تتعلق بأفعال المكلفين ، ولا تتعلـق بغـير المكلفـين مـن الجمادات والحيوانات والقُصر ، ومن هنا فجميع تصرفات الشركة المسـاهمة يقوم ا مجلس الإدارة ، أو المدراء وهم نواب عن الشركة التي هـي ملـك للمساهمين الذين لهم الحق في منع الإدارة عـن ارتكـاب المحظـورات ، أو الانسحاب عنها ، لذلك فهم في الأخير يتحملون النتائج المترتبة على إراد م وعقودهم .

رأي الأستاذ الدكتور حسين حامد في مكونات الأسهم :

يرى الأستاذ الجليل الدكتور حسين حامد[1] أن السهم ليس حصة شـائعة في موجودات الشركة - كما هو المعروف عند الفقهاء المعاصرين وا امع الفقهيـة - وإنما هو (حق مالي قبل الشركة يتيح لحامله حق الحصول على حصة مـن الأربـاح والمشاركة في التصويت على قرارات الجمعية العمومية ، وحق المشاركة في موجودات الشركة عند تصفيتها بنسبة ما يملكه من أسهم)" الصفحة 46 من بحثه ".

وذكر "في ص : 8 "(أن سبب وقوع الباحثين في ذلك الخطأ هو قياسـهم الشركة المساهمة على شركة العنان الشرعية مع أن هاتين الشركتين لا يجمعهمـا إلاّ اسم الشركة في اللغة العربية ، ولكنهما مختلفتان من حيث الصفة الشرعية ،والتكييف القانوني ، ومن حيث حقوق المشاركين في كل منهما ، ومن حيث الأحكام والآثـار التي تترتب عليهما) ، ثم شرح هذه المسائل على ضوء ما قرره القانونيون فقال :

(أ) إن الشركة المساهمة تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مسـتقلة عـن ذمـم المساهمين فيها ، وليس كذلك شركة العنان .

والجواب ما ذكرناه عند الرد على الدكتور القري ، مـن أن هـذه الشخصية الاعتبارية وما نتج عنها تمت بحكم القانون لأجل مصـالح الدولـة والمساهمين الذين دخلوا عليها ذا القيد ، وأ ا لم تخرج الشركة المساهمة عن دائرة الشركات التي تبنى على أساس الاشتراك في الحقـوق والالتزامـات ،

(1) بحثه المقدم إلى ندوة البركة العشـرين للاقتصاد الإسلامي " العشرين " التي عقدت في كـوالا لامبـور في الفترة (3 - 5 ربيع الآخر 1422هـ) بعنوان (مكونات الأسهم وأثرها على تداولها)

والأرباح والخسائر ، ثم إن هذه الشخصية الاعتبارية إن هي إلاّ وسيط اعتباري يعبر عنه نائب طبيعي يعينه المساهمون أنفسهم فهي منهم وإليهم ، ومن هنا فهذا الفارق ليس مؤثراً في جوهر الشركات وعناصرها الأساسية ، لأنه يجوز للشريك تفويض شريكه الآخر تفويضاً مطلقاً دون الرجوع إليه والتنازل عن حقه في الإدارة كما أن الحنابلة أجازوا الجمع بين شركة العنان والمضاربة حيث ذكر ابن قدامة صورتين هما : (أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة ، وهو صحيح... أو أن يشترك بدنان بمال أحدهما ...)[1] ، ومن المعلوم في حالة كون أحدهما مضارباً لا يجوز للشريك الآخر التدخل في أمور التصرفات الخاصة بالشركة .

(ب) إن الشركة المساهمة هي المالكة لموجوداتها ، ولها وحدها حق التصرف في هذه الموجودات دون المساهمين فيها ... على عكس شركة العنان . (ص : 8)

والجواب عن ذلك أن هذا التكييف القانوني هو اعتباري - كما سبق - وأن المساهمين اتفقوا على اعتبار هذه الشخصية الاعتبارية للشركة ، وهم وحدهم لهم الحق في تعيين نائب لها ، لأنها لا إرادة حقيقية لها ، وإنما فرضتها الضرورات القانونية وخوف الناس من ضياع جميع أموالهم إن لم يقيدوا الشركة بمسؤولية محدودة .

والشخصية الاعتبارية ملك للمساهمين وهم عينوا لها نائباً ، فلم تختلف المسألة كثيراً سوى الأمور التنظيمية والإدارية ، ولذلك يملكون إنهاءها وحلها.

(ج) حامل السهم وفقاً لقانون الشركات يتمتع بحقوق ويتحمل بالتزامات قبل الشركة المساهمة باعتبار أن لها شخصية وذمة مالية مستقلة عن شخصية وذمة المساهم ، ويتمثل حقه في الحصول على حصة من أرباح الشركة تناسب الأسهم التي يملكها فيها وفي الحصول على حصته من صافي موجوداتها عند تصفيتها ، وفي التصويت في الجمعية العمومية ، وحق الترشيح لعضوية مجلس

---

(1) المغني لابن قدامة / ط . الرياض (5/ 27 ـ 29)

الإدارة ، وأما التزاماته فهي تتمثل في دفع مقدار مساهمته ، والالتزام بـديون الشركة في حدود مساهمته دون بقية أمواله (ص:9)

وهذا المقطع يؤكد عدم وجود فروق جوهرية بين الشركة المساهمة وشركة العنان ، وذلك لأن الشريك في العنان أيضاً له الحق في الحصول على أرباح المشاركة وصافي موجودات الشركة عند تصفيتها بقـدر مسـاهمته ، وتحمل الخسائر ، وأما تحديدها بحدود المساهمة فقد جاء بناء على هذا الشرط الذي يجب الالتزام به ؛ لأنه ليس من الشروط المخالفة لمقتضى المشاركة ، ولا لنصوص الشرع، وأما مسألة التصويت والترشيح فهي من الأمور الإدارية التي يجوز تنظيمها باتفاق الأطراف ، أو العرف السائد ، أو النظام القائم .

فلا أرى أي اختلاف جوهري من حيث الحقوق والالتزامات بـين الشركة المساهمة ،وشركة العنان ، وأن موجودات الشركة وإن كانت تنسب ملكيتها إلى الشركة ، لكنها بالاتفاق ملك للمساهمين عند التصـفية ملكيـة شائعة ـ كما سبق .

نتيجة رأيه :

توصل الدكتور حسين حامد إلى (أن تداول أسهم الشركة المساهمة يجوز إذا توافرت في الشركة نفسها شروط الشركة الشرعية بصرف النظر عن طبيعة مكونات موجوداتها ، فقد تكون نقوداً فقط ، أو ديوناً فقط ، أو أعياناً، أو منافع ، أو حقوقـاً فقط ، أو مجموعاً من هذه الأموال زادت فيه الديون والنقود على الأعيان والمنـافع أو قلت ، ذلك أن تداول السهم والتصرف فيه لا ينصب على هذه الأموال وإنما ينصب على هذا الحق ...) ص : 48 , 49 .

وإذا كان الدكتور حسين لا ينظر إلى هذه المكونات في الأسهم لكنـه عـاد فقرر عدم جواز المشاركة في الشركات التي هدفها الأساس مشروع ولكنـها تعقـد قروضاً ، وتودع أموالها في البنوك بفائدة ، أو ترتكب أي محرم، أو تكـون عقودهـا فاسدة أو باطلة بسبب الخلل في أركانها أو شروطها ، حين قال : (فهذه الشركات لا يجوز المشاركة في تأسيسها ، ولا الاكتتاب فيها ، ولا شـراء وبيع أسهمها باتفاق ،

ولا تحل أرباحها ، ولا أثمان بيعها ، لأن ذلك من باب المشاركة والإعانة على معصية الله) ص: 52 , 53 .

ومن هنا فقـد اختلف الدكتور حسين حامد عن الدكتور القري في هـذه التفرقة ، ولو لم يبن المخالفات الأخيرة على أساس الشخصية الاعتبارية كمـا فعـل الدكتور القري ، ولكنه يرد عليه في عدم اعتباره للديون والنقود ما ذكرنـاه عنـد مناقشتنا للدكتور القري والله أعلم بالصواب .

وهذا الحل مبني على اعتبار الكثرة أو الغلبة أساساً ومعياراً في حالة اخـتلاط النقود والديون والأعيان والمنافع ، فإذا كانت الأعيان أو المنافع أو هي معاً كـثيرة أو غالبة في عناصر المبيع جاز التعامل به بيعاً وشراء بغض النظر عن الأحكام الخاصة بنقد أو دين .

الفرق بين الكثرة والغلبة :

فرق بعض الباحثين أن الغلبة هي ما يقرب من الكل مثل الثمانين أو التسعين في المائة [1] وأن الكثرة هي ما زاد عن 50 % .

ولم أر هذه التفرقة في اللغة ، بل جاء فيها : الأغلب هو الأكثر، والأغلبيـة : الكثرة [2]، وجاء في المعجم الوسيط " الأغلبية الكثرة ، والأغلبية المطلقـة في الانتخاب أو الاقتراع : أصوات نصف الحاضرين بزيادة واحـد (محدثة) والأغلبية النسـبية : زيادة أحد المرشحين في الأصوات بالنسبة إلى غيره. (محدثة)[3] . وعرف التـهانوي التغليب في الاصطـلاح بأنه (إعطاء الشيء حكم غيره وقيل: ترجيح أحد المغلوبين على الآخر إجراء للمختلفين مجرى المتفقين)[4] .

وأما الأكثر ففي اللغة هو ما فوق النصف ، والأكثرية الأغلبية، والكثر: معظم الشيء وأكثره ، والكثرة نماء العدد ، والكثير نقيض القليل[5] .

والخلاصة: أن الكثرة تطلق في اللغة على ما هو كثير حسب النظر والعـرف دون ملاحظة النسبة المئوية بأن تزيد على 50% ، فالعرب يطلقون على الشيء أنـه كثير، و لا يتصورون انه أكثر من الباقي أو الآخر، وإنما يراد به أنه كثير في حد ذاته ، فالكثير هو نقيض القليل ، فما خرج عن كونه قليلاً فهو كثير دون ملاحظة النسـبة

(1) د . حسين حامد : بحثه السابق (ص 43)
(2) لسان العرب ، والقاموس المحيط / مادة " غلب "
(3) المعجم الوسيط / ط . قطر (2 / 658)
(4) كشاف اصطلاحات الفنون / مادة " غلب "
(5) لسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمعجم الوسيط / مادة " كثر "

المئوية ، جاء في لسان العرب : الكثرة نقيض القلة ..وقوم كثير، وكثيرون ، والكثرة نماء العدد يقال : كثر الشيء يكثر كثرة فهو كثير ، وكثر الشيء - بتشديد الثاء - أي جعله كثيراً ، وأكثر الرجل أي كثر ماله)[1] .

فالكثرة تعني ضد القلة ، والكثير هو ما لم يكن قليلاً حسب النظر والعرف والحال والمقام ، وأما التفاضل فهو يتم بلفظ الأكثر الذي هو من صيغ المفاضلة ، لذلك خصص العرب الأكثر لما هو فوق النصف[2] ، فيقال هذا اكثر من هذا أي يتفوق عليه ويزيد عليه بأي زيادة ، وهذا يجري عادة في المقابلة بين شيئين متماثلين ، أو معدودين ، وقد يكون الشيء كثيراً بالنسبة لهذا ، وقليلاً بالنسبة لذلك ،وهذا ما استعمله القرآن الكريم حيث قال تعالى: ﴿**ألم تر أن الله يسجد له من** في **السموات ومن** في **الأرض .. وكثير من الناس ، وكثير حق عليه العذاب ...**﴾[3] فاستعمل الكثير مرتين مرة للساجدين، ومرة للمستحقين للعذاب من الكفرة والمشركين ، فكيف يتأتى ذلك؟

للجواب عن ذلك أن المراد بالكثير هنا هو ما قاله ابن عباس في رواية عطاء : (وكثير من الناس يوحده وكثير حق عليه العذاب ممن لا يوحده)[4] النص يفهم منه أن هذه الكثرة للفريقين ليست من باب المقابلة ،أي فالذين يسجدون سجدة الطاعة ،ويدخلون الجنة كثيرون ، وكذلك الذين يدخلون النار كثيرون أي ليسوا قليلين ، كما يقال للجيشين المتقابلين أنهما كثيران ، حيث لا يقصد بذلك إلاّ الكثرة العادية التي لا ينظر إليها المقابلة الحقيقية ،أو الكثرة العرفية أي أن ذلك كثير عرفاً .

وعلى هذا المعنى العام ،والعرفي يحمل حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حينما قال لسعد : (**الثلث ،والثلث كثير**)[5] حيث لا يقصد به أن الثلث

---

(1) لسان العرب ط. دار المعارف بالقاهرة (3827/5) والمعجم الوسيط ط.قطر (777/2)
(2) المعجم الوسيط (777/2) ولسان العرب ، والقاموس المحيط مادة "كثر"
(3) سورة الحج / الآية (18)
(4) فتح القدير للشوكاني ط.عالم الكتب ببيروت (443/3) والتفسير الكبير للرازي ط.دار التراث العربي ببيروت (19/23 –20)
(5) الحديث رواه البخاري في صحيحه مع الفتح (363/5 –369) ومسلم في صحيحه (1250/3) والترمذي في سننه مع التحفة (301/6) والنسائي في سننه (201/6) وابن ماجه في سننه (904/2) ومالك في الموطأ ص 476 .

كثير بالنسبة للباقي ، وإنما يقصد به أنه إنفاق كثير وتبرع كبير حسب العـرف دون النظر إلى المقابلة بينهما ، وإلا فالثلث هو يسـاوي حوالي 33% والبـاقي حـوالي 67% . ولذلك إذا أريـد الزيـادة فيستعمل لفـظ الأكثر لهـذه المفاضـلة والمقابلة .

فلو سرنا على هذا المعنى فيمكن القول بأن الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية لو بلغت الثلث ، أو تجاوزته فهي كثيرة وليست قليلة ،وبالتالي يجوز إجراء العقود عليها دون ملاحظة قواعد الصرف ، والدين .

ولكن بعض الفقهـاء يذكرون النادر في مقابل الغالب ، حيث قالوا (العبرة بالغالب ، والنادر لا حكم له) ولكن أكثرهم عندما يذكرون النادر يصفون الغالـب بالشـايع فيقولون (العبرة بالغالب الشـايع ، لا بالقليل النـادر)[1]، ولكـنني أرى تفرقة وجيهة أخرى في نظري من جانب آخر ، وهو أن الكثرة للأعداد ، والماديات ، والغلبة للكيفيات ونحوها ، ولذلك يطلق الفقهاء غلبة الظن في كثير مـن الأحكـام الفقهية وفي معظم أبواب الفقه مثل أبواب الطهارة ، والحيض ، والقبلـة ، وأوقـات الصلاة ، والشك في عدد الركعات ، وفي تميز الفقير وغيره من أصـناف الزكـاة ، ومعرفة دخول شهر رمضان ، وطلوع الفجر ، وغروب الشمس للصائم إذا اشتبه عليه ذلك بحبس ونحوه ، وفي الحج إذا شك الحاج هل أحرم بـالإفراد ، أو بـالتمتع ، أو بالقران ، وفي من التبست عليه المذكاة بالميتة ، أو وجد شاة مذبوحة ببلد فيه من تحل ذبيحته من المسلمين وأهل الكتاب ، ووقع الشك من ذابحها ، وفي الـدماء في بـاب القسامة، ونحو ذلك [2].

وقصدي من هذا العرض أن الكثرة العددية معتبرة ، كما أن الغلـبة الكيفيـة من حيث القوة أيضاً معتبرة ، إذن يمكن اعتبارهما قاعـدتين معتبرتين بـدل قاعـدة واحدة .

(1) وهي إحدى مواد مجلة الأحكام العدلية / المادة 42 ، ويراجع شرح القواعد الفقهيـة للزرقـا (ص 18) والقواعد الفقهية الكبرى للعدلان (ص 397)
(2) يراجع الموسوعة الفقهية الكويتية (263/31 ـ 264)

الأدلة على اعتبار قاعدتي الكثرة والغلبة :

هناك أدلة كثيرة من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية ، ثم من أقوال الفقهـاء على اعتبار الكثرة والغلبة في كثير من ا ـالات الإسلامية ، ففي باب العقوبات الإلهية للأمم والشعوب وفي باب المعاصي أيضاً جرت سنة الله على اعتبار الكثرة والغلبـة ، فالله تعالى لن يهلك قوماً وأكثرهم مصلحون كما أن العقوبة إذا نزلت بسبب الكثرة تعم ، فقال تعالى : ((**واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة**))[1] ، حيـث يدل على أن الفتنة تنـزل بسبب عصيان الأكثرية مع وجود الأقلية الصالحة ، وقـد أكد ذلك الحديث الصحيح الذي رواه الشيخان عن زينب بنت جحش " رضي الله عنها " قالت: استيقظ النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ من النوم محمراً وجهه وهـو يقول : لا إله إلاّ الله ، ويل للعرب من شر قد اقترب ... قيل : أ لك وفينا الصالحون ؟ قال : نعم إذا كثر الخبث)[2].

ويدل على اعتبار الكثرة والغلبة الحديث الثابت عن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ: (**إذا بلغ الماء القلتين لم يحمل الخبث**)[3] فهذا الحديث يدل بوضوح علـى اعتبار الكثرة والغلبة وأن الماء إذا بلغ قلتين لا ينجس بملاقاته النجاسات ، أو بوقوعها فيه ، وما ذلك إلاّ للكثرة والغلبة إلاّ إذا تغير لونه ، أو طعمه أو ريحه ، فحينئذ حكم عليه بالنجاسة ، لأن الغلبة أصبحت للنجاسة وليست للماء الطاهر .

وإذا نظرنا إلى أصل الحلال والحرام لوجدناه يعود إلى باب التغليب والتـرجيح والكثرة فقد بين الله تعالى في الخمر والميسر أن فيهما الإثم والمنافع، ولكن إثمهما أكثر وأكبر ولذلك حرمهما الله تعالى : ((**يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما**))[4] ، قال جماعة من المفسرين:(الإثم في الخمر ذهاب العقل ، والسباب والافتراء والإذاية والتعدي ... والمنفعة فيها : اللذة والنشوة

---

(1) سورة الانفال الآية / (25)
(2) انظر صحيح البخاري ـ مع فتح الباري ـ كتاب الفتن (11/13)
(3) رواه الشافعي والخمسة والدارمي ، وصححه الطحاوي ، وابن خزيمة ، والحاكم ، والذهبي، وابن حبـان ، والنووي والعسقلاني ، يراجع مسند الشـافعي ـامش الأم (3/6) ومسـند أحمـد (23/2 , 27)، والترمذي (215/1) ، وابن ماجـه(172/1) ، والنسـائي(42/1) ، وسـنن أبي داود(103/1) ، والدارمي(152/1) ، وتلخيص الحبير(16/1 ـ 20)، وإرواء الغليل للألباني (60/1)
(4) سورة البقرة / الآية (219)

والتجارة فيها)[1] ، يقول سيد قطب ـ رحمه الله ـ : (وهذا النص الذي بين أيـدينا كان أول خطوة من خطوات التحريم ، فالأشياء والأعمال قد لا تكون شراً خالصـاً فالخير يتلبس بالشر ، والشر يتلبس بالخير في هذه الأرض ولكن مدار الحل والحرمة هو غلبة الخير ، أو غلبة الشر ، فإذا كان الإثم في الخمر والميسر أكبر من النفع فتلك علـة التحريم والمنع ، وإن لم يصرح هنا بالتحريم والمنع)[2] .

ومن جانب آخر أن ترتيب الأحكام الشرعية تقوم على هذه القوة وتسلسلها من حيث المصالح الدينية والدنيوية والمفاسد ، ففي قمة المصالح الفروض والواجبات ، ثم السنن والمباحات ، وفي قمة الفساد الشرك والكبائر، والمحرمات والمكروهات كمـا أوضح ذلك الإمام العز بن عبد السلام ، والإمام الشاطبي[3]. فقد ذكر العز أن المصالح ضربان :**أحدهما:** ما يثاب على فعله لعظم المصلحة من فعله ويعاقب على تركه لعظم المفسدة في تركه ... **والثاني**: ما يثاب على فعله لوجـود مصـلحة دون مصـلحة الواجب ولا يعاقب على تركه لعدم وجود مفسدة ... وكذلك رتب المفاسد منقسمة إلى الكبير ، والأكبر ، والمتوسط ، فالأنقص فالأنقص [4] .

وكذلك الحال في فقه الموازنات وقاعدة الموازنات بين المصالح والمفاسد، وداخل المصالح أنفسها ، أو المفاسد أنفسها ، كلها تقوم على أساس التغليب والترجيح بالكثرة والغلبة أو القوة والضعف ، والجلاء والخفاء[5] .

وكذلك الأمر في ترجيح الحقوق وتقديم بعضها على بعض ، وقاعدة الوسائل والمقاصد ، والجزئيات والكليات ، بل قواعد الترجيح عند التعارض في الأدلة والحقوق والأشياء كل ذلك يقوم على هذا الأساس [6] ، وحتى القياس يقوم على غلبة شبه على

---

(1) تفسير ابن عطية ط . قطر (236/2)
(2) في ظلال القرآن ط . دار الشروق / بيروت (229/1)
(3) يراجع لمزيد من التفصيل : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ط . الريان ببيروت (18/1 ، 41 ـ 45 ..) والموافقات للشاطبي0
(4) قواعد الأحكام (41/1 ـ 45)
(5) المصدر السابق (46/1)
(6) المصدر السابق نفسه0

شبه آخر [1] ، وكذلك الأعراف إنما يرجح عرف على آخر إما باطراده وعمومه ، أو بغلبته ، وهي من قواعد ا لة بلفظ (إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت) [2].

قال القرافي : (اعلم أن الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر وهـو شـأن الشريعة)[3].

وقصدي من ذلك أن رعاية الكثرة والقلة ، والغلبة والقوة والضعف أصل عظيم من أصول هذه الشريعة فلا يجوز إنكاره ، كما أنه صالح لأن يبنى عليه، لأنه يـدخل ضمن الأصول الكلية والقواعد الكلـية التي يمكن البناء عليها كما قـال الشـاطبي وغيره[4] .

وأجمع الفقهاء على أن ما غلب على طعم الماء وريحه ولونه من النجاسـات ينجسه ، بل وقد ورد في ذلك حديث اسناده ضعيف رواه ابن ماجه بسنده عـن أبي أمامة الباهلي ، قال : قال رسول الله ـ صلى الله عيه وسلم ـ : " **إن الماء لا ينجسه شيء إلاّ ما غلب على ريحه ، وطعمه ولونه**)[5] .

وقد قال ابن العربي (والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم)[6] ، والواقع أن معظم القضايا الفقهية قد بنيت على الغالب والأكثر ، بل الفقه نفسه هـو الظن الغالب ، والاجتهاد أيضاً ترجيح ما يراه الراجح من بين عدة احتمالات أو آراء أو معان ، ولا يطالب ا تهد في الوصول إلى رأيه بأكثر من الظن الغالب ، والظن هو: ـ كما قال الجرجاني ـ الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض ، أو بعبـارة أخـرى: ترجيح أحد طرفي الشك [7]، وقد بنى الفقه كثيراً من الأحكام على الظـن في مختلـف

---

(1) مختصر القواعد لابن دهشة ط . قطر (210/1)
(2) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ط . دار الغرب الإسلامي (179) ، وذكر لها أمثلة منها : " أنه لو باع أحدهم بدراهم أو دنانير ، وكانت مختلفة في المالية والرواج ينصرف البيع إلى أغلبها رواجاً "
(3) الفروق للقرافي ط . دار المعرفة / بيروت (104/4)
(4) يراجع في موضوع الأصول الكلية. الموافقات (37/1)
(5) سنن ابن ماجه،كتاب الطهارة (174/1) ، وفي الزوائد : إسناده ضعيف لضعف رشدين راوي الحـديث وقال النووي : اتفق المحدثون على تضعيف هذا الاستثناء.وقال = = الشافعي : (ما قلت : إن هذا يروى عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ لكن من قول العامة ، ولا أعلم بينهم خلافاً) ، انظر ا مـوع للنـووي (110/1) وتلخيص الحبير (14/1 ـ 15) ونصب الراية (94/1 ـ 95) وسبل السلام (18/1) ونيل الأوطار (54/1) .
(6) أحكام القرآن لابن العربي (1804/4)
(7) انظر : لسان العرب ، والمصباح المنير ، والتعريفات / مادة :" ظن "

أبوابه من العبادات إلى المعاملات والجنايـات ونحوهـا وذلـك في بـاب الطهـارة والنجاسات ، ودخول وقت الصلاة ، وجهة القبلة ، والخوف المرخص مـن صـلاة الخوف ، وخوف المرض المرخص للإفطار والتيمم وفي أوقات الصوم ونحو ذلك ممـا ذكرنا آنفاً[1].

قال القرطبي: (وأكثر أحكام الشريعة مبنية على غلبة الظن كالقياس وخـبر الواحد ، وغير ذلك من قيم المتلفات وأروش الجنايات)[2] .

والغبن إنما يؤثر عند بعض الفقهاء إذا كان فاحشاً أي كثيراً ، وكذلك الغرر والجهالة ، ولذلك اغتفر عن الغبن اليسير ، والغرر اليسـير ، والجهالـة اليسـيرة ، والنجاسة اليسيرة عندهم .

والإفلاس في الفقه الإسلامي إنما يحكم به عند جمهور الفقهـاء إذا كثـرت الديون أو غلبت على أموال المدين فمن كان له مال ولكن عليه ديون استغرقته فيحجر عليه عندهم ، وهذه الغلبة تتحقق بزيادة الديون على أمواله ولو كانت بنسبة قليلـة جداً ، حيث نصوا على أن ماله إذا قصر عن ديونه بأية نسبة جاز للدائنين أن يطلبـوا الحجر عليه[3] .

وأما القواعد الفقهية الواردة بلفظ الكثرة ، أو الأكثر فمقررة لدى فقهـاء المذاهب كلها منها ما جاء في المبسوط للسرخسي "19/9" (الأكثر ينـزل منـزلة الكمال،والأقل تبع للأكثر) وفيه أيضاً "28/25 " (يقام الأكثر مقام الكـل) ، وفي البيان والتحصيل "306/7 " (الأقل تبع للأكثر شائعاً كان أو غـير شـائع) ، وفي الحاوي للماوردي " 366/7 " (اليسير يكون تبعاً للكثير، ولا يكون الكـثير تبعـاً لليسير) ، وفي قواعد العز " 157/2 " (القليل يتبع الكثير في العقود) ، وفي المقنـع "2/ 740 " (الأكثر قد أجري مجـرى الكل) ، وفي كشـاف القناع " 281/1 "

---

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية (178/29)
(2) الجامع لأحكام القرآن ط . المصرية (232/16)
(3) انظر لمزيد من التفصيل : تكملة فتح القدير (324/7) ، وبدائع الصنائع (4472/9)، وبدايـة المجتهد (284/2) ، والكافي لابن عبد البر (823/2) ، والأم (176/3) ، والروضة (127/4) ، والغايـة القصوى (514/1) ، والمغني لابن قدامة (452/4)

(الأكثر ملحق بالكل)، ولذلك قال ابن العربي في الأحكام " 1804/4 " (والفرق بين القليل والكثير أصل في الشريعة معلوم) .

وبلفظ الأغلب أيضاً جاءت مجموعة من القواعد منها مـا جـاء في مختصـر اختلاف العلماء للطحاوي ، اختصار الجصاص "443/1" (الاعتبار بالأغلـب) ، وفي المبسـوط "196/10" (الحكم للغالب ، لأن المغلوب يصير مستهلكاً في مقابلة الغالب ، والمسـتهلك في حكـم المعـدوم) ، وفي التمهيـد لابـن عبـد الـبر "136/8"(بالأغلب من الأمور يقضي ، وعليه المدار ، وهو الأصل)، وفي الحـاوي للماوردي "135/5" (النادر من الجنس يلحق بالغالب منه في الحكم) وفي المبـدع لابن مفلح "54/7" (العبرة بالغالب) ، وفي زاد المعاد "421/5" (الأحكام إنما هي للغالب الكثير ، والنادر في حكم المعدوم)[1] .

ومن المعلوم أن تلك الكثرة والغلبة لم يربطهما الفقه الإسلامي بالزيادة علـى 50% ولو بالنصف أو الواحد ، كما هو العرف في عالم الانتخابات اليوم ولـذلك كان الفقهـاء يطلقون في مقابل الكثير اليسير ، وفي مقابل الغالب النادر ، وقد أطلق الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ الكثرة على الثلث في حديث سـعد حينمـا أراد أن يوصي بجميع أمواله ، ثم بالنصف ، ثم بالثلث ، فقال ـ صلى الله عليه وسلم ـ : (**الثلث والثلث كثير**)[2] ، ولذلك كان من رأي ابن عباس أن يصار إلى الربع حيث قال: (لو أن النـاس غضـوا من الثلث إلى الربع فإن رسول الله ـ صلى الله عليـه وسلم ـ قال: الثلث والثلث كثير)[3] .

ولذلك اختلف الفقهاء في معيار الكثرة والقلة اختلافاً كثيراً ، ففي مجال الغبن الكثير المؤثر في لزوم العقد أو صحة العقد نجد اتجاهين: اتجاهاً يختار معيـاراً تحديـدياً جامداً مثل الثلث ، أو العشر، واتجاهاً يختار معياراً مرناً وهو عرف التجـار بالنسـبة للمعاملات المالية [4].

---

(1) يراجع بحث الأمانة السابق الإشارة إليه (ص 4) ، وجمهرة القواعد الفقهية (496/1 ـ 497)
(2) الحديث صحيح متفق عليه انظر صحيح البخاري (3/1،49/326) وسـنن أبي داود الحـديث 2894 وأحمد (176/1)
(3) رواه مسلم عنه الحديث رقم (1079)
(4) يراجع لتفصيل الآراء وأدلتهم : مبدأ الرضا في العقود (736/2 ـ 738) ومصادره المعتمدة .

وبالنسبة للأغلب أو الغالب أن بعض الفقهاء وضعوا له معيار العرف بصورة عامة وذلك بأن يكون العرف به جارياً بين الذين تعارفوه في أكثر أحوالهم ، ويكـون جريا م عليه حاصلاً في أكثر الحوادث لا تتخلف وبعضهم وصفوا الغالب بالشـايع وحينئذ جعلوا مقابله النادر الذي لا حكم له[1] .

وبصورة عامة يتجه المذهب المالكي إلى اعتبار ضبط القليل بالثلث ومـا زاد عليـه يكون كثيراً حيث قال أبو عمـران الفارسي : (والثلث آخـر القليـل وأول الكثير)[2]، وقال المازري : (الثلث قليل في مواضع من الشرع)[3] ، وقد حكموا هـذا الأصل في مواضع كثيرة منها الغبن اعتبروه كثيراً وفاحشاً إذا تجاوز الثلث [4] ، ومنـها بيع المُحـلى بالذهب أو الفضة حيث أجازوا بيعه بشروط منها أ ا لا تتجاوز الحلية قدر الثلث [5]، وكذلك بيع ثمار البستان مع استثناء ثلثه أجازه مالك خلافاً للجمهـور قال ابن عبد البر : (أما فقهاء الأمصار ... فكلهم يقول : إنه لا يجـوز ... لأنـه مجهول ، إلاّ مالك بن أنس فإنه أجاز ذلك إذا كان ما استثنى منه معلومـاً ، وكـان الثلث فما دونه في مقداره ومبلغه ، فأما أهل المدينة فعلى ما قال مالك : إنـه الأمـر ا تمع عندهم ... واحتج أصحابنا لذلك بأن ما روي عن النبي ـ صـلى الله عليـه وسلم ـ أنه ى عن الثنيا [6]، فإنما ذلك في استثناء الكثير ... وأما القليل من الكـثير فلا ، وجعلوا الثلث فما دونه قليلاً ...) [7].

وإليه مال ابن قدامة وابن مفلح من الحنابلة حيث ذكرا أن:(الثلـث في حـد الكثرة وما دونه القلة)[8].

---

(1) د . صالح السدلان : القواعـد الفقهية الكبرى (ص 400)،والنجـار : العـرف وأثـره في التشـريع (205،407)
(2) النظائر في الفقه المالكي (ص 48)
(3) شرح التلقين ، تحقيق محمد المختار السلامي (145/1)
(4) أحكام القرآن لابن العربي (1804/4)
(5) الشرح الصغير ، تحقيق مصطفى كمال وصفي (62/3)
(6) رواه أحمد في مسنده (313/3 ، 356 ، 364) ، ومسلم في صحيحه كتاب البيوع ، الحـديث رقـم (1536) ، وأبو داود في البيوع ، الحديث رقم (3404) ، والنسائي (296/7)
(7) الاستذكار ط . مؤسسة الرسالة (133/5 ـ 135)
(8) المغني لابن قدامـة ، تحقيق د . عبدالفتـاح الحلو ، ود .عبـدالله التركـي (179/6 ـ 180)، والمبدع (76/5)

واتجه بعض المعاصرين إلى أن القليل هو ما دون النصف وأن مـا زاد علـى النصف فهو كثير حيث جاء هذا المعيار ضمن الضوابط الخاصة بصـندوق المتـاجرة بالأسهم العالمية للبنك الأهلي التجاري السعودي[1] ، وهذا المعيار قد أخذ بالحسبان في الفتوى الصادرة من الهيئة الشرعية للبركة حول الصناديق الاستثمارية والإصدارات [2].

غير أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي اعتمد الغالب دون تحديده بأية نسبة مـا تفهم منه الغلبة المطلقة حيث نص القرار رقم 30 (4/5) على أنه (إذا صار مـال القراض موجودات مختلفة من النقود والأعيان والمنافع فإنه يجـوز تـداول صـكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضي عليه على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع ، أما إذا كان الغالب نقوداً ، أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية 000) ، ولكن لم تصدر هذه اللائحة إلى الآن .

وقد رجح الدكتور عبد الستار أبو غدة هذا الرأي ، واعتمد على مبدأ الغلبة المطلقة حيث قال في شرحه لمبدأ مراعاة الغلبة في الأعيان :(المقصود من هذا المبـدأ أن يراعى العنصر الغالب في مكونات الأسهم المختلفة أي المركبة من نقود وديون وأعيان ومنافع ، فإذا كان الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع فإنه يسري حكمها على تلـك المكونات وهو جواز التداول دون مراعاة التماثل أو التقابض..)[3] .

ومن الجدير بالإشارة إليه أن الحقوق المعنوية بما ا ا مال كما صدر بذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي (قرار 43 " 5/5 ") لا بد أن تحسب ضمن موجودات الشركة ، أو الصندوق وتضم إلى الأعيان والمنافع .

وقد ذكر الفقهاء أنه إذا بنى حكم على أمر غالب فإنه يبنى تماماً ، ولا يـؤثر على عمومه واطراده تخلف ذلك الأمر في بعض الأفراد ، أو بعض الأوقات ، أو بعض الأماكن[4] . وبناء على ذلك جوز المتأخرون للدائن في هذا الزمن استيفاء ما في ذمتـه

---

(1) انظر إلبحث المعد ذا الخصوص من المركز الوطني للاستثمارات الادارية للدكتور محمد القري (ص 7)
(2) بحث أمانة الهيئة الشرعية لشركة الراجحي (ص7) ،وفتاوى الهيئة الشرعية للبركة (ص 12) رقم (1/1)
(3) بحثه عن مكونات الأسهم المقدم إلى الندوة العشرين للبركة (ص 9)
(4) شرح القواعد الفقهية للزرقاء (181) وشرح القواعد الفقهية الكبرى للسدلا) و د . محمد الزحيلي : القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ط . جامعة الكويت (262)

من غير جنس حقه لغلبة العقوق في الحقوق ، وقالوا ليس للزوج أن يجبر زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه لغلبة الإضرار في الأزواج [1] .

الترجيح :

الذي يظهر لي رجحانه هو التفرقة بين ما إذا كان ضمن موجودات الشـركة أو الصندوق ديون ، أو نقود ، أو كلاهما معاً ، وبين أن يكون ضـمن أنشـطتهما محرمات من الربا ، ونحوه .

ففي الحالة الأخيرة بما أن الأصل هو أن لا يتعامل المسـ ـلم إلاّ في الحـلال الطيب ، والكسب المشروع ، وأن إجازة التعامل والتداول في أسهم تلك الشـركات التي نشاطها حلال ولكن تتعامل ببعض المحرمات كالربا كانت استثناء وخروجاً مـن الأصل العام عند جماهير المجيزين وهو استثناء اعتبر لأجل نوع من الحاجيات الماسـة وعموم البلوى وغير ذلك مما ذكره المجيزون، لذلك كله لا بد ألا يعامل هذا الاستثناء معاملة الأصل ، ولا يتحول إلى القاعدة، ومن هنا فمعيار القليل فيه يجب أن يضـيق عليه بقدر الإمكان بحيث لا يتعدى بأي حال من الأحـوال الثلث ، فيكون الثلـث كثيراً ، فلا يجوز حينئذ أن تكون الديون والقروض الربوية للشركة ، أو عليها تصـل إلى الثلث ، وأن لا تزيد نسبة الفوائد إلى صافي الربح عن 5% مع وجوب الـتخلص منها لأننا أمام محرم لا خلاف على حرمته ، وإنما الخلاف الكبير في مدى التسامح في قليله للأسباب السابقة وأما بالنسبة للديون والنقود فالذي أراه راجحاً هو معيار الكثرة والغلبة المطلقة ، وذلك لأن الديون أو النقود من حيث هي حلال كما أن التصـرف فيها أيضاً من حيث المبدأ مشروع وإن كانت هناك شروط وقيود على التصرف فيها ولذلك فباب التسامح فيها أوسع استئناساً بما ذكره شيخ الإسلام ابن تيميـة حينمـا تحدث عن الغرر وعن الربا ذكر أن الغرر منهي عنه، لكن تحريم الربا في القرآن والسنة أشد ، ومفسدته أكبر من مفسدة الغرر ، فلذلك رخص في الغرر الذي تـدعو إليـه الحاجة ، والغرر اليسير ، كما أجيز الغرر التابع ، كما أن مالكاً وأحمد على الرغم من أنهما أكثر الفقهاء توسعاً في أبواب التابع للمعاملات المالية شددا في الربا حق التشديد

(1) الزرقاء : شرح القواعد الفقهية (181)

ومنعا الاحتيال عليه بكل طريق ، في حين تسامحا في بعض أنواع الغرر في البيوع مما تمس الحاجة إليه[1] . ثم قال : (وإذا كانت مفسدة بيع الغرر هي كونه مظنة العداوة والبغضاء وأكل الأموال بالباطل فمعلوم أن هذه المفسدة إذا عارضتها المظنة الراجحة قدمت عليها ، ثم قال : (والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة أبيح المحرم فكيف إذا كانت المفسدة منتفية)[2].

فهذه المقدمات ممهدات لما رجحته من التسامح في كون نسبة النقود ، أو الديون ، أو كليهما معاً كبيرة تصل إلى أكثر من 50% وذلك لحاجة الناس إليهما ، وصعوبة تداول الأسهم والوحدات الاستثمارية إذا اشترط كونها أقل من 50% ، حيث رأينا أن معظم البنوك الإسلامية والشركات الاستثمارية تصل نسبة الديون الناتجة عن العقود الآجلة مع النقود إلى 97% ، بل إننا لو شددنا في هذه المسألة لأدى إلى حرج شديد في التعامل مع أسهم البنوك الإسلامية والصناديق الاستثمارية ، ولا تخفى الحاجة الماسة إليها ، ناهيك عن المقاصد المعتبرة في تطويرها ، لأنها تؤدي إلى تطبيق الإسلام في جانبه الاقتصادي الذي يعتبر من أهم جوانبه.

هذا إذا كانت النقود ، أو الديون مقصودة مع الأعيان ، أما إذا كانت تبعاً ، أو غير مقصودة بذاتها فإننا نرى ـ كما سيأتي ـ الاعتماد على ما هو المقصود أصالة دون النظر إلى قاعدة الكثرة ، والغلبة .

الخلاصة :

أولاً: لا شك أن قاعدتي الكثرة والغلبة معتبرة في الفقه الإسلامي ، ولهما تطبيقات كثيرة كما ذكرنا ولكنهما لا تحلان هذه المشكلة حلاً جذرياً .

ثانياً: أن السهم لا يمثل فقط الأصول ، أو موجودات الشركة المادية ، بل هي تشمل ما يأتي :

(أ) الموجودات المتداولة ، والموجودات الثابتة اللتين تظهران في الميزانية السنوية فقط مع المطلوبات.

---

(1) مجموع الفتاوى (23/29 ـ 27 ، 36)
(2) المصدر السابق (29 / 48 ـ 49)

(ب) العقود والامتيازات ، والاتفاقيات التي تلعب دوراً كبيراً في القيمـة السـوقية للسهم ، وفي إقبال الناس على الشركة ، مع أ ا لا تدخل في القيمة الدفترية .

(ج) الإدارة الناجحة التي تعد من أهم عناصر الإنتاج في الاقتصاد المعاصر ، وهـي ليست أعمال الموظفين ، وإنما هي القـدرة علـى السـبق ، والتخطـيط ، والإبداع ، والتسويق الجيد ، والتحصيل الممتاز ، وتكوين قاعدة عريضة مـن عملاء الشركة والمتعاملين معها، وبالتالي الوصول إلى سمعة ممتازة بالشـركة ، وأما العمل ، أو أعمال الموظفين فهو الجانب التنفيذي الذي له دور آخر أيضاً في إنجاح الخطط والبرامج للشركة ، والإدارة والتنفيذ الجيد همـا السـبب في اختلاف ربحية شركة مع أخرى تتوافر لكلتيهما نفس العناصر الأساسية ، مع أن إحداهما ربحها أكثر ، وقيمة أسهمها السوقية أكبر.

(د) الحقوق المعنوية ، بما فيها حق الرخصة ، وبراءة الاختراع وحقـوق الملكيـة والشهرة ، وكل ذلك له دور عظيم في استعظام قيمة الأسهم السوقية .

فشركة مايكروسوفت التي تعتبر أثمن شركة في العالم (400 بليـون دولار) تعود قيمتها الأساسية إلى برامج الكومبيوتر التي لا يكلف تطويرها سوى مبالغ زهيدة قياساً للربح الذي تحققه .

وكذلك شركة بيبسي كولا ـ مثلاً ـ يدر اسمها وأسماء منتجا ا لها دخـلاً على مستوى العالم[1]. ولذلك لا بد أن تدخل كل هذه المكونـات في موجـودات السهم عندما تنظر إلى ديو ا ونقودها .

(1) ورقة باسل النقيب في ندوة الأولى للاستثمار بالكويت ص 5

يقصد بالأصالة هنا ما كان الشيء بذاته هو المقصود الأساس في العقـد، أو على الأقل يكون مقصوداً ، أي أن نية العاقدين لم تكن متجهة عليه أصالة ، فمـثلاً الذي يشتري المنـزل يكون قصده الأساس ما هو المعد للسكن دون ملحقاتـه مـن الأشجار ونحوها .

وأما التبعية فالمقصود ا هنا ما يدخل في الشيء تبعاً مثل الحمـل بالنسـبة لشراء الحيوان الحامل ، فالتبعية هي كون الشيء مرتبطاً بغيره إما ارتباطـاً يتعـذر انفراده مثل الحمل مع الحامل ، ولذلك تحصل ذكاة الجنين بذكاة أمه عند الجمهور أو يمكن انفصاله عن متبوعه مثل مرافق المنـزل ونحوها[1].

وقد انبثقت عدة قواعد فقهية منها :

(أ) التابع تابع ، والتابع لا يفرد بالحكم ، وهي القاعدة التي ذكر ا مجلة الأحكام العدلية في ماد ا 48 والمقصود بذلك أن التابع المرتبط بمتبوعه لا يفرد بالحكم مثل الحمل فلا يجوز بيعه منفرداً ، ومما يذكر مع هذه القاعدة : (التابع لا يفرد بالحكم ما لم يصر مقصوداً) مثل زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض تكون تبعاً للمبيع ، ولا يقابلها شيء من الثمن ، ولكن لو أتلفها البائع سقطت حصتها من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقـد وعلـى قيمة الزيادة يوم الاستهلاك [2].

(ب) من ملك شيئاً ملك توابعه مثل ملحقات الدار والحمل .

(1) يراجع لمعنى الأصالة والتبعية ، في لسان العرب ، والقاموس المحيط / مادتي " أصل " و " تبـع " ، ويراجـع حاشية ابن عابدين (14/3 , 193/5) ، والشرح الكبير مع الدسوقي (114/2) ، وحاشية البجيرمي على المغني(255/4) ، وكشاف القناع (219/6) ، والموسوعة الفقهية الكويتية (93/10) ، وشرح الحموي على الأشباه لابن نجيم (234/1).
(2) الزرقاء (285) ، ويراجع المنثور للزركشي (234/1)

(ج) التابع يسقط بسقوط المتبوع مثل إذا سقطت صلاة الفرض بالجنون سـقطت سننها الراتبة[1]. وإذا برئ الأصل برأ الكفيل .

(د) يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في المتبوع ، ومن فروعها : أن النسب لا يثبـت ابتداءً بشهادة النساء أما لو شهدن بالولادة على الفراش فقد ثبت النسب تبعاً حتى ولو كانت الشاهدة القابلة وحدها [2].

ومنها جواز رمي المسلمين الذين تترس م الكفار تبعاً ، ولا يجوز أصالة [3]، ومنها أن بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها جائز مع أصلها ، ولكن لا يجوز بيعها دونه ، لما في ذلك من الغرر ، قال ابن قدامة: (لأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها)[4] .

الأدلة على اعتبار هذا الأصل :

يدل على اعتبار هذه القاعدة استقرار فروع الفقه الإسلامي وجزئياته ومسائله التي اعتبرت في عدد غير يسير منها رعاية الأصالة والتبعية .

ويدل على ذلك أيضاً الحديث الصحيح المتفق عليه الذي ذكرناه سابقاً حول بيع العبد: (من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلاّ أن يشترطه المبتاع)، والحديث يدل بوضوح على أنه لا ينظر عند بيع العبد الذي معه مال إلى نوعية ماله نقـداً ، أو عرضاً ، أو ديناً ، أو ربوياً أو غيره ، فقد ذكر الحافظ ابن حجر: أن إطلاق الحـديث يدل على جواز بيعه ولو كان المال الذي معـه ربوياً ، لأن العقد وقع علـى العبـد خاصة ، والمال الذي معه تبع له لا مدخل له في العقد [5].

---

(1) المنثور للزركشي (235/1) ، والأشباه للسيوطي (118) ، والحموي على ابن نجيم (155/1)
(2) حاشية ابن عابدين (626/2) ، الشرح الكبير مع الدسوقي (188/4) ، والأشباه للسيوطي (120) ، وكشاف القناع (436/6)
(3) د . محمد الزحيلي (400) ، ومصادره .
(4) المغني ، تحقيق د . الحلو (6/ 150)
(5) فتح الباري (51/5)

وهذا رأي مالك حيث قال : (الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إن اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً ، أو عرضاً يعلم أو لا يعلم وإن كان للعبد المال من أكثر مما اشترى به كان ثمنه نقداً أو ديناً أو عرضاً)[1].

وكلام مالك هذا يدل على عدم اشتراط كون المال التابع أقل من ثمنـه، وفي هذا دلالة على عدم النظرة إلى الكثرة والقلة عند كون الشيء تابعاً .

قال ابن القاسم ، عن مالك يجوز أن يشترى العبد وماله بدراهم إلى أجل وإن كان ماله دراهم ، أو دنانير ، أو غير ذلك من العروض [2] . وفي هذا دلالة على عـدم اشتراط أحكام الصرف ما دامت دراهمه ودنانيره وذهبه وفضته تبعاً للعبد حتى ولـو كان ثمنه من نفس الجنس .

أ . فعلى ضوء رأي مالك أنه لا يشترط لصحة ذلك البيع أن يكون القصد متجهاً نحو العبد فقط ، وإنما الحكم هو أنه إذا اشترى العبد ومعه مال أي مال بـأي ثمن كان فإن العقد صحيح وأن ماله للمشتري إن اشترط وإلاّ فلسيده ، قـال ابن عبد البر: (ويجوز عند مالك شراء العبد وإن كان ماله دراهم بدراهم إلى أجل وكذلك لو كان ماله ذهباً أو ديناً)[3] .

وهذا قول الشافعي في القديم ، وأبي ثور وأهل الظـاهر [4]، وقـال الشاطبي:(فالحاصل أن التبعية للأصل ثابتة على الإطلاق)[5] . وقـد ذكـر النووي أنه لو باع داراً بذهب ، فظهر فيها معدن ذهب ...صح البيع علـى الأصح ، لأنه تابع)[6] .

ب. وذهب عثمان البتى إلى رعاية القصد حيث قال : (إذا باع عبداً وله مال ألف درهم بألف درهم جاز إذا كانت الرغبة في العبد لا في الدرهم)[7] .

---

(1) الاستذكار لابن عبد البر (32/19) .
(2) المصدر السابق (34/19)
(3) الكافي لابن عبدالبر (336)
(4) طرح التثريب في شرح التقريب للحافظ العراقي (123/6)
(5) الموافقات (163/3 ، 174)
(6) روضة الطالبين (386/3)
(7) الاستذكار (36/19)

وهذا هو المنصوص عن أحمد حيث ذكر الخرقي أن البيع صحيح وإن كان مع العبد مال أي مال بشرط أن يكون قصده للعبد ، لا للمال ، وهـذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي ـ أي في القديم ـ وأبي ثور وعثمان البتي، فمتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به سواء كان ديناً أو عيناً وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر[1] .

ج. وذهب إلى عدم صحة ذلك مطلقاً الحنفية ، والشافعي في الجديد ، لما فيه من الربا[2] ولحديث فضالة بن عبيد الأنصاري الذي اشترى قلادة فيها ذهب وخرز بذهب فذكر ذلك لرسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فأمر بنزع الذهب فقال:(الذهب بالذهب وزناً)[3] .

ولكن الحديث واضح في دلالته على أن شراء الذهب كان مقصوداً أصالة لفضالة فيختلف عن موضوع العبد ، ولا تعارض بينهما ، فمسألة مال العبد داخلة في التبعية التي لا جدال فيها .

ومما يتعلق بهذا الموضوع ما يسميه الفقهاء بمسألة " مد عجوة " وهي أن يبيع مالاً ربوياً ـ كالدراهم والدنانير ـ بجنسه ومعهما أو مع أحدهما ما ليس من جنسه ، مثل أن يكون غرضهما بيع دراهم بدراهم فيبيع كيلو من التمر مع عشرة دراهم بخمسة عشر درهماً مثلاً ، فهذا غير جائز وغير صحيح عند المالكية والشافعية والحنابلة ، وأجازه الحنفية [4].

ولكن شيخ الإسلام طبق على هذه المسألة أيضاً مسألة التبعية والأصالة، ومسألة الحيل ، فقال: (وأما إن كان كلاهما مقصوداً كمد عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم ، أو مدين ، أو درهمين ففيه روايتان عن أحمد ، والمنع قول مالك والشافعي ، والجواز قول أبي حنيفة وهي مسألة اجتهاد)[5].

---

(1) المغني (257/6 ـ 258)
(2) حاشية ابن عابدين،الغاية القصوى تحقيق د . علي القره داغي ط . دار الإصلاح (467/1) ، وشرح النووي لصحيح مسلم (192/10)
(3) الحديث رواه مسلم في صحيحه(1213/3)، وأبو داود في سننه ـ مع عون المعبود ـ(200/9) والنسائي (244/7) والترمذي ـ مع تحفة الأحوذي ـ (465/4)
(4) الغاية القصوى (467/1) ، ومجموع الفتاوى (29 / 27)
(5) مجموع الفتاوى (28/29)

وقد فرق المالكية بين مسألة " مد عجوة " التي حرموها وبين بيع العبد الذي له مال من النقود والديون بالنقود ، مع أنهم أجازوه – كما سبق – بأن موضوع العبد داخل في باب التبعية ، لأن العبد هو المقصود بالبيع وليس ماله إضافةً إلى أن الحديث الوارد فيه واضح الدلالة على الجواز مطلقاً ، وليس هناك دليل يقيده في نظرهم فيبقى على إطلاقه ، كما أن ذلك يحقق مصالح معتبرة ، حيث قال الإمام أبو بكر بن العربي : (إن ما جاء في مال المملوك ينبني على القاعدة العاشرة وهي المقاصد ، والمصالح التي تقتضي جوازه ، لأن المقصود ذاته ، لا ماله ، والمال وقع تبعاً) [1].

تطبيق هذه القاعدة على الأسهم والوحدات :

إذا أردنا تطبيق هذه القاعدة على الأسهم والوحدات التي تتكون من الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية ، والديون والنقود فنرى أننا أمام ثلاثة آراء فقهية في موضوع وجود نقود ونحوها من الأموال الربوية مع الأعيان غير الربوية .

الرأي الأول: للحنفية والشافعي في الجديد حيث يرون منع ذلك .

الرأي الثاني : لأحمد وبعض التابعين حيث يرون الاعتبار بالقصد فإن كان قصد المشتري الأعيان غير الربوية وجاءت الأموال الربوية تبعاً وعرضاً فهذا جائز ، وإلاّ فغير جائز .

الرأي الثالث: رأي مالك ومن معه من أهل المدينة حيث يرون أن العبد – مثلاً – ما دام هو محل العقد من حيث هو فإن شراءه بنقد أو غيره جائز ، ولو كانت معه نقود وذهب وفضة ونحوها من الأموال الربوية حتى ولو كانت هذه الأموال أكثر من غيرها ، لأنها جاءت تبعاً ، ولأن الحديث الوارد فيه عام ، أو مطلق لم يخصص ، أو يقيد بأي شيء ، والتخصص ، أو التقييد بدون دليل معتبر غير جائز ، كما أنهم جمعوا بين هذا الحديث ، وحديث فضالة بن عبيد بأن حديث العبد وارد في كون العقد وارداً على العين أصالة ، وأن ما معه من

---

(1) القبس (805/2)

الأموال جاء تبعاً،وحديث فضالة حل العقد فيه أصلاً على الذهب ـ كما سبق.

وعلى هذا الرأي أن التبعية لا تخضع لمبدأ اعتبار القلة أو الكثرة ، فلا حرج إذن أن يكون التابع أكثر من قيمته أو كميته من المتبوع الأصل (فالأتباع تعطى حكم المتبوعات)[1] .

وهذا الرأي يحل هذه المشكلة تماماً ، وهذا ما أفتى به من المتأخرين العلامة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ مفتي الديار السعودية سابقاً ـ رحمه الله ـ حيث سئل عن التعامل بأسهم الشركات التي تتكون من نقود وديون لها وعليها ، ومن قيم وممتلكات وأدوات مما لا يمكن ضبطه بالرؤية ولا بالوصف حيث استشكل السائل القول بجواز بيع تلك السهام لعدم جواز بيع الدين في الذمم . فأجاب ـ رحمه الله ـ بقوله: (فلا مانع من بيعها بشرط معرفة الثمن، وأن يكون أصل ما فيه الاشتراك معلوماً ، وأن تكون أسهمه منها معلومة أيضاً، فإن قيل: إن فيها جهالة ، لعدم معرفة أعيان ممتلكات الشركة وصفاتها؟

فيقال : إن العلم في كل شيء بحسبه ، ثم ذكر بأن العلم بذلك من خلال نشراتها السنوية وميزانيتها تحقق المعرفة الكلية الممكنة ، وأن " تتبع الجزئيات في مثل هذا فيه حرج ومشقة ، ومن القواعد المقررة أن المشقة تجلب التيسير، وقد صرح الفقهاء ـ رحمهم الله ـ باغتفار الجهالة في مسائل معروفة في أبواب متفرقة مثل جهالة أساس الحيطان ، وغير ذلك .

فإن قيل : إن في هذه الشركات نقوداً ، وبيع النقد بنقد لا يصح إلاّ بشرطه .

فيقال : إن النقود هنا تابعة غير مقصودة ، وإذا كانت بهذه المثابة ، فليس لها حكم مستقل ، فانتفى محذور الربا ، كما سيأتي في حديث ابن عمر.

فإن قيل : إن للشركة ديوناً في ذمم الغير ، أو أن على تلك السهام المبيعة قسطاً من الديون التي قد تكون على أصل الشركة ، وبيع الدين في الذمم لا يجوز إلاّ لمن هو عليه بشرطه .

---

(1) عقد الجواهر الثمينة (380/2) ، وبحث الأمانة (16)

فيقال : وهذا أيضاً من الأشياء التابعة التي لا تستقل بحكم ، بل هـي تابعـة لغيرها ، والقاعدة : أنه يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً ، ويدل على ذلك حديث ابن عمر مرفوعاً (من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلاّ أن يشترطه المبتاع) رواه مسـلم وغيره0 فعموم الحديث يتناول مال العبد الموجود والذي له في ذمم الناس ، ويدل عليه أيضاً حديث ابن عمر الآخر : (من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمر ا للذي باعها إلاّ أن يشترط المبتاع) متفق عليه0 ووجه الدلالة أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لا يجوز ، لكن لما كانت تابعة لأصلها اغتفر فيها ما لم يغتفر لو كانت مستقلة بالعقد .

ومما يوضح ما ذكر أن هذه الشركات ليس المقصود منها موجودا ا الحالية ، وليست زياد ا أو نقصها بحسب ممتلكا ا وأقيامها الحاضرة ، وإنما المقصود منها أمـر وراء ذلك وهو نجاحها ومسـتقبلها وقوة الأمل في إنتاجها والحصول على أرباحهـا المسـتمرة غالباً . ومما ذكر يتضح وجه القول بجـواز بيعها على هذه الصـفة والله أعلم)[1].

توضيح لهذا الرأي :

لا شك أن التبعية أنواع من أهمها :

1 ـ تبعية القلة للكثرة ، وتبعية اليسارة والندرة للغلبة ، كما قال ابن شـاس : (اليسارة لها حكم التبعية ، والمشهور أن الأتباع لا تراعى) [2] ، وقال الباجي: (الثلث وما دونه في حكم التبع)[3] قال ابن شاس: (ما هو التبع ؟ فيـه ثلاثـة أقوال: أحدها: الثلث ، والثاني: أنه دون الثلث ، وهما على ما تقدم في عـد الثلث يسيراً أو كثيراً ، وحكى القاضي أبو الوليد عن بعض أصحابنا العراقيين أن النصف تبع ، وبالزيادة عليه يخرج عن حد التبع)[4].

وهذا النوع قد عولج من خلال القاعدة السابقة بالتفصيل .

(1) فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم ، جمع وترتيب محمد بن عبدالرحمن بن قاسم (41/7 ـ 43)
(2) عقد الجواهر الثمينة (363/2)
(3) المنتقى (269/4)
(4) عقد الجواهر الثمينة ط. دار الغرب الإسلامي (378/2)

2 ـ التبعية بالقصد أن يكون الاعتبار للقصد الأساس للعاقدين وهذا هو رأي أحمد الذي ذكرناه ، وهو يحل جزءاً من المشكلة ، ولكن يرد هنا تساؤل حول الأسهم ووحدات الصناديق : فما هو الذي يجعل أصلاً متبوعاً ، وما هو التابع في تداولها ؟

للإجابة عن ذلك هنالك ثلاثة من الاحتمالات ذكرها بحث الأمانة[1] وهي:

الاحتمال الأول: المقصود في الشركات المساهمة هو نشاطها وإنتاجها، ومن ثم الحصول على أرباحها ، ومقتضى ذلك أن تعتبر الديون والنقود تابعة غير مقصودة ، ولا ينظر إلى الأحكام الخاصة بها في حالة انفرادها ، وهذا ما قرره الشيخ محمد بن إبراهيم في فتواه في الشركات المساهمة ، ويمكن أن يقال ذلك في الصناديق .

الاحتمال الثاني: أن تعد الأعيان والمنافع والقيمة المعنوية التي اشتملت عليها الشركة أو الصندوق هي المقصودة مهما كانت نسبتها، وتكون النقود والديون تابعة لها ، وهذا ما توجه إليه الدكتور عبدالستار بصدد حديثه حول مبدأ التبعية . ولكن ألا يرد على هذا أنه لم لا يكون المقصود هو النقود أو الديون في الموجودات ؟ أو ليس الناس أحرص على تحصيل النقود وما في حكمها من الديون المستحقة الحالة في ذمم الأولياء من قصدهم الأعيان أو المنافع ؟

الاحتمال الثالث: المقصود المتبوع في الشركة المساهمة هو السهم نفسه، الذي يمثل جزءاً من الشخصية الاعتبارية للشركة ، ويرغب الناس في بيعه وشرائه بقصد الاسترباح ، وبناء على ذلك لا يلتفت مطلقاً إلى ما في وعاء الشركة من دين أو نقد أو موجودات أخرى . لأنها تابعة للشخصية الاعتبارية التي تقوم على أساسها هذه الشركات .

(1) بحث الأمانة (23 ـ 24)

وقد ناقشنا الاحتمال الثالث من خلال ردنا على بحثي الأستاذ الدكتور حسين حامد ، والدكتور محمد علي القري ، وأما الاحتمال الثاني فقد ورد عليه التساؤل المعقول من أمانة هيئة الراجحي ، ومن جانب آخر فإن ابن شاس قد أثار هذا الموضوع بقوله : (فإن قلنا بأن الأتباع مقصودة في العقود منعنا هذا البيع " الذي كان فيه المطعومات " وإن قلنا : الاتباع لا حصة لها من الثمن ، وأنها غير مقصودة في العقود جاز البيع وإن كان فيه الربا)[1] . بل إن الإمام المازري ذكر بأنه لا يخفى على أحد أن التجار يقصدون إلى جعل الثمن عوضاً من جميع ما عقدوا عليه قلّ أو جل ، ويجعلون لكل جزء منه حصة من الثمن)[2] .

لذلك فالذي يظهر لنا رجحانه هو الاحتمال الأول ولما سنذكره أيضاً في الفقرة اللاحقة .

3 ـ اعتبار كون الشيء أصلاً تبعاً باعتبار إطلاق اللفظ على المبيع الأصلي ، وأن الاتباع لم تذكر في العقد أصالة دون النظر إلى القصد الجزئي، فالحديث السابق دلّ على أن العقد ورد على العبد ، فكل ما هو من أمواله التي اشترطها المشتري أن تكون له في مقابل الثمن لا شك أنها مقصودة له ولذلك اشترطها ، وإلاّ فكيف يشترط شيئاً غير مقصود له ؟

وهكذا الأمر فمن اشترى سيفاً محلاً بالذهب مع أن قيمة الحلية قد تكون أضعافاً مضاعفة أمام قيمة نفس السيف ، لكن العقد وقع على السيف ، ولم يقع على الحلية أصالة .

وهكذا الأسهم حيث يشتريها الإنسان ليس باعتبار الديون والنقود ، وإنما باعتبار أنه جزء ، أو حصة شائعة من تلك الشركة المشتملة على أنشطة متنوعة كما في الاحتمال الأول .

(1) عقد الجواهر الثمينة (399/2)
(2) شرح التلقين بتحقيق الشيخ السلامي (432/1 ـ 433)

وقد أوضح الإمام المازري ـ رحمه الله ـ أن النظر مقصور علـى الأصـالة والتبعية ، دون النظر إلى العقود ، حيث لا يوجد تاجر لا يقصد هذه الأجزاء ، وجاء توضيحه في مسألة جواز الإجارة على إمامة الصلاة على أنها تبع للإجارة على الأذان حيث قال: (وإذا قلنا بجواز الإجارة على الصلاة ، على أنها تبع للإجارة على الأذان، فتعذر على المستأجر الإمامة ووفى بالأذان فهل يحط من الإجارة بسبب عجـزه عـن الإمامة أم لا ؟ ، اختلف المتأخرون ، فمنهم: من يقدر أن التبع لا حصة له من الثمن ، ولا يحط من الإجارة شيئاً ، ومنهم من يقدر أن للتبع حصة من الثمن ، فيحط مـن الإجارة ما قابله.

واعلم أن المسائل الواردة في هذا الأصل مختلف جوابها . فالمـذهب في مـن اشترى عبداً له مال ، أو شجراً مثمراً ، إن استحقاق المال من العبد وجائحة الثمرة لا تستوجب حطيطة من الثمن ، ولو استحقت حلية السيف التي هي تبـع لنصـله ، أو أحقر سلعة من صفقة فيها سلع ، لحط من الثمن بقدر المستحق ... ، وأمـا العبـد فماله له وإنما وقعت المعاوضة على أن يقر البائع ملكه في يده وقد أقره ، فلهـذا لم يؤثر الاسـتحقاق ، وقد قال بعض المتأخرين : الأولى أن يحط من الثمن قدر ما يعلم أن المشتري زاده في الثمن ، لتحمل العبد بماله وفوته به ، كما إذا تعذر علـى المـرأة الجهاز ، حط من الصداق قدر ما زاده الزوج لأجله ، وإن كان الزوج لا يملكـه ولا يملك انتـزاعه ، وهو في حكم التبع ولكن زاد في الصداق لحصول تجمل الزوجة.

واعلم أنه لا يخفى على أحد أن التجار يقصدون إلى جعل الثمن عوضاً مـن جميع ما عقدوا عليه قل أو جل ، ويجعلون لكل جزء مما اشتروه حصة من الثمن تابعاً كان أو متبوعاً ، فالمخالفة ههنا لا معنى لها ، لأنها كالمخالفة في أمر محسوس .

وإنما يفتقر إلى الاعتبار ما قاله أصحابنا من أن كون الشيء تبعاً يرفـع عنـه حكم التحريم المختص به إذا انفرد في مسائل ، منها حلية السيف التي هي تبع لنصله ، فيحرم بيعها بجنسـها ، ولا يحرم ذلك وهي مضافة إلى السيف إلى غير ذلك ممـا في معناه ، وما قالوه أيضاً من استحقاق التبع في الصـفقة ، لا يوجـب للمشـتري رد جميعها)[1] .

(1) شرح التلقين / الصلاة ومقدماتها ، تحقيق الشيخ محمد المختار السلامي (432/1 ـ 433)

فقوله الأخير يدل على أن حكم التحريم إن وجد يرتفع مع كون الشيء تبعاً ، وهذا هو المقصود ، وبذلك لا ينظر إلى الأسـهم إلى نسبة هذه المكونات ما دامـت تبعاً . هذا والله أعلم .

الحل الرابع: عن طريق التخارج

والتخارج لغة مصدر تخارج ، والتخارج تفاعل من الخروج ، فيقال تخـارج الشركاء أي تمّ بينهم التخارج ، كأنه يخرج كل واحد من شركته عـن ملكـه إلى صاحبه بالبيع ، وتخارج القوم إذا خرج كل واحد منهم نفقة على قدر نفقة صاحبه ، وهو التناهد [1]،وفي حديث ابن عباس أنه قال : (يتخارج الشريكان وأهل المـيراث) [2]، قال أبو عبيد في تفسير رأي ابن عباس : (يقول إذا كان المتـاع بـين ورثـة لم يقتسموه ، أو بين الشركاء وهو في يد بعضهم دون بعض فلا بأس أن يتبايعوه وإن لم يعرف كل واحد نصيبه بعينه ولم يقبضه البائع ، قال : ولـو أراد رجـل أجـنبي أن يشتري نصيب بعضهم لم يجز حتى يقبضه البائع قبل ذلك) [3].

فعلى ضوء تفسير أبي عبيد هذا فالتخارج هو نوع من التبايع بين الشـركاء والورثة يتسـامح فيه عن الجهالة وعن عدم القبض في حين لا يتسامح بمثل هـذا في البيع فيما بين غيرهم .

وهناك تفسير آخر وهو ما رواه عبدالرزاق الصنعاني بسنده عن ابـن عبـاس حيث قال : (لا بأس بأن يتخارج القوم في الشركة تكون بينهم ، فيأخذ بعضهم من الذهب الذي بينهم ، يأخذ هذا عشرة نقداً ، ويأخذ هذا عشرين ديناراً)[4]

وهذا التفسير يدل على أن التخارج غير البيع ، وإنما هو تصالح يغتفر فيه عن الزيادة والنقصان ولا تطبق عليه قواعد الصرف ، بل ورد في رواية الزهري بسنده عنه بلفظ (فيأخذ هذا عشرة دنانير نقداً ويأخذ هذا عشرة دنانير ديناً)[5] ، وهذا نص في عدم التماثل ، وعدم التقابض ، مما يدل على أن التخارج بين الشركاء والورثة يتسامح

(1) لسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمعجم الوسيط مادة "خرج "
(2) المصنف للحافظ أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمـي ، نشـر المكتـب الإسلامي ببيروت (288/8)
(3) لسان العرب (1126/2) ، وفتح الباري (465/4)
(4) المصنف (288/8)
(5) لسان العرب (1126/2)

فيه ذلك ، وهذا يؤكد أن للاجتماع والاختلاط أثراً لا يوجد في حالة الانفراد ، كما أنه يتسامح في غير البيع من التخارج والتصالح ما لا يتسامح فيه .

وهناك رواية أخرى عن الثوري بسنده عن ابن عباس أنه قال: (لا بـأس أن يتخارج الشريكان فيأخذ هذا ديناً ، وهذا عيناً ، فإن توى لأحدهما لم يرجـع علـى صاحبه)[1] .

وقال عبدالرحمن بن مهدي : (التخارج أن يأخذ بعضهم الـدار وبعضـهم الأرض ، قال شمر : قلت لأحمد : سئل سفيان عن أخوين ورثا صكاً من أبيهما فذهبا إلى الذي عليه الحق فتقاضاه ، فقال : عندي طعام ، فاشتريا مني طعاماً بما لكما علي ، فقال أحد الأخوين: أنا أخذ نصيبي طعاماً وقال الآخر : لا آخذ إلاّ الدراهم فأخـذ أحدهما منه عشرة أقفزة بخمسين درهماً نصيبه ، قال جائز ، ويتقاضاه الآخـر ، فـإن توى ما على الغريم رجع الأخ على أخـيه بنصف الدراهم التي أخـذ ، ولا يرجـع بالطعام ، قال أحمد : لا يرجع عليه بشيء إذا كان قد رضي به ، والله أعلم)[2] .

وأما التخارج في الاصطلاح الفقهي فخصصته الموسـوعة بالإرث حيـث قالت : (هو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم بشيء معلوم)[3] ، ولا دليل على هذا التخصيص لا في اللغة ولا في الفقه ، أما اللغة فقد رأينا أن لفظ التخارج يطلـق على التصالح فيما بين الورثة ، أو بين الشركاء سواء كانت الشركة في ملك أو عقد .

وأما الفقه فقد رأينا أن ابن عباس (رضي الله عنهما) قد استعمله في التخارج بين الشريكين إضافة إلى الورثة ، كما استعمله الحسن ، والثوري ، ومعمر ، وإبراهيم النخعي وعطاء ، وابن سيرين[4].

وعلى ضوء ذلك فالتخارج هو خروج أحد المشتركين ، أو أكثر ـ سواء كان شركة ملك أو عقد ـ عن حقه بمال بالتراضي بينهما .

---

(1) صحيح البخاري رواه تعليقاً .ولكن وصله ابن أبي شيبة0 انظر فتح الباري(310/5)
(2) لسان العرب (1126/2) ، أنظر فتح الباري (310/5)
(3) الموسوعة الفقهية الكويتية (5/11)
(4) يراجع المصنف لعبدالرزاق الصنعاني (288/8 ـ 289)

وهذا التعريف يشمل الورثة الذين هم مشتركون في الإرث شركة ملك، كما يشمل الشـركاء الآخرين سواء كانت الشركة شـركة عنـان ، أو مفاوضـة ، أو مضاربة ، أو أبدان ، أو وجوه ، أو نحو ذلك ، كمـا يشـمل أصـحاب الأسـهم والمشاركين في الصناديق الاستثمارية عن طريق الوحدات الاسـتثمارية ، وكـذلك أصحاب الصكوك المشروعة .

التكييف الفقهي للتخارج وحكمه الشرعي :

التخارج نوع من الصلح ، أو بعبارة أدق فهو أخص منـه لأن التخـارج خاص بالتخارج بين الشركاء والورثة في الأموال في حين أن الصلح أعم من ذلـك ، ولذلك فجميع الأدلة الدالة من الكتاب والسنة على مشروعية الصـلح تـدل علـى مشروعية التخارج ، ولذلك ترجم البخاري في كتاب الصلح : باب الصـلح بـين الغرماء وأصحاب الميراث والمجازفة في ذلك ، وقال ابن عباس : (لا بأس أن يتخارج الشريكان فيأخذ هذا ديناً ، وهذا عيناً ، فإن توى لأحدهما لم يرجع على صاحبه) ثم روى بسنده حديث جابر بن عبدالله في أداء ديون أبيه[1]، وقد شرح الحافظ ابن حجر لفظ " والمجازفة في ذلك " فقال : (أي عند المعاوضة ... ، ومـراده أن المجازفـة في الاعتياض عن الدين جائزة وإن كانت من جنس حقه وأقل ، وأنه لا يتناوله النهي ، إذ لا مقابلة من الطرفين)[2] ، وقوله " توى " بفتح التاء وكسر الواو أي هلك ، والمـراد أن يفلس من عليه الدين ، أو يموت ، أو يجحد فيحلف حيث لا بينة ففي كل ذلك لا رجوع لمن رضي بالدين[3] .

ثم ذكر البخاري باب الصلح بالدين والعين ، فروى بسنده عن كعب بـن مالك أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان عليه في عهد رسول الله - صلى الله عليـه وسلم - في المسـجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله - صلى الله عليـه وسلم - وهو في بيته فخرج رسول - صلى الله عليه وسلم - إليهما حتى كشـف سـجف حجرته فنادى : كعب بن مالك ، فقال : يا كعب ، فقال : لبيـك يـا

(1) صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب الصلح (310/5)
(2) فتح الباري (310/5)
(3) فتح الباري / كتاب الحوالة (465/4)

رسول ، فأشار بيده أن ضع الشطر ، فقال كعب : قد فعلت يا رسول الله ، فقـال رسول الله صلى الله عليه وسلم قم فاقضه)[1].

والحديث يدل على التصالح بين الدائنين ، وبأن يتخارج المدين عن دينه بأداء النصف ، وتنازل الدائن عن نصفه الآخر ، قال ابن بطال : (اتفق العلماء على أنه إن صالح غريمه عن دراهم بدراهم أقل منها جاز إذا حلّ الأجل)[2].

قال الحافظ ابن حجر:(والحديث يدل على جواز سؤال المدين الحطيطة من صاحب الدين ـ خلافاً لمن كرهه من المالكية ـ واعتل بما فيه من تحمل المـنة ، وقال القرطبي: لعل من أطلق كراهته أراد أنه خلاف الأولى ، وفيه هبة المجهول)[3] .

ومما هو مرتبط بهذا الموضوع مسـألة " ضع وتعجل " أي أن الدائن يقـول لمدينه : احسم جزءاً من الدين ، ولكن تعجل بأداء الدين ، أو يقول المدين للـدائن : احسم 10% من دينك وأتعجل لك الباقي ، فيوافق الطرف الآخر ، وقد أجازه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السابعة مسألة " ضع وتعجل " إذا لم تكن مشروطة قال العلامة ابن السبكي : (إن جرى بشرط بطل ، وإن لم يشترط بل عجـل بغـير شرط وأبرأ الآخر وطابت بذلك نفس كل منهما فهو جائز وهذا مذهبنا ، وقد رويت آثار في الإباحة والتحريم يمكن تنـزيلها على ما ذكرناه من التفصيل)[4] . أي الفـرق بين المشروط وغيره .

جواز المجازفة في الربويات وفاءً لا ابتداءً :

ترجم البخاري " باب إذا قاص ، أو جازفه في الدين تمراً بتمر أو غـيره " ثم روى بسنده عن جابر بن عبدالله : (أن أباه قد توفي وترك عليه ثلاثين وسقاً لرجـل من اليهود فاستنظره جابر فأبى، فكلّم جابر رسول الله صلى الله عليه وسلم ليشفع له

(1) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (5/ 311)
(2) فتح الباري (311/5)
(3) فتح الباري (309/5)
(4) فتاوى ابن السبكي ط . دار المعرفة بيروت (340/1)

إليه ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلّم اليهودي ليأخذ تمر نخله بالتي له فأبى ... ثم قال لجابر: جد له ، فأوف له الذي له ...)[1].

قال المهلب: (لا يجوز عند أحد من العلماء أن يأخذ من له دين تمر من غريمه تمراً مجازفة بدينه لما فيه من الجهل والغرر ، وإنما يجوز أن يأخذ مجازفة في حقه أقل من دينه إذا علم الآخذ ذلك ورضي) ، قال الحافظ ابن حجر معلقاً على هذا الشرح: (وكأنه أراد بذلك الاعتراض على ترجمة البخاري ، ومراد البخاري ما أثبته المعترض ، لا ما نفاه ، وغرضه بيان أنه يغتفر في القضاء من المعاوضة ما لا يغتفر ابتداءً ، لأن بيع الرطب بالتمر لا يجوز في غير العرايا ، ويجوز في المعاوضة عند الوفاء ، وذلك بين في حديث الباب ، فإنه ـ صلى الله عليه وسلم ـ سأل الغريم أن يأخذ تمر الحائط وهو مجهول القدر في الأوساق التي هي له وهي معلومة، وكان تمر الحائط دون الذي له كما وقع في التصريح بذلك في كتاب الصلح من وجه آخر ، وفيه: (فأبوا ولم يروا أن فيه وفاء .... وقال ابن المنير : (بيع المعلوم بالمجهول مزابنة فإن كان تمراً ونحوه فمزابنة وربا ، لكن اغتفر ذلك في الوفاء ، لأن التفاوت متحقق في العرف فيخرج عن كونه مزابنة)[2].

وإضافة إلى هذه الأدلة فيمكن أن يستأنس للتخارج أيضاً ما روي أن عبدالرحمن بن عوف طلق زوجته تماضر بنت الأصبغ الكلبية في مرض موته ثم مات وهي في العدة فورثها عثمان مع ثلاث نسوة أُخر ، فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثلاثين ألفاً ...)[3] .

وتلك الأدلة السابقة تدل بوضوح على أن الصلح أو التخارج يتسامح فيه وبما لا يتسامح في البيع العادي ، كما أنه يغتفر في الوفاء ما لا يغتفر في الابتداء ، فقد رأينا أن هذه الأدلة دلت بوضوح على ما يأتي :

---

(1) صحيح البخاري ، كتاب الاستقراض (60/5)
(2) فتح الباري (60/5)
(3) رواه عبدالرزاق في مصنفه ط . المكتب الإسلامي (289/8) ويراجع فتح القدير لابن همام (409/7) ، الإصابة في معرفة الصحابة (544/7)

1 ـ جواز الحطيطة من الدين عند الوفاء ، وجواز " ضع وتعجل " مع أن ذلك لا يجوز ابتداءً أن يعطى مبلغاً بأقل منه بالإجماع ، في حين دلّ حديث كعب بن مالك على خروجه من الدين بالنصف فقط .

2 ـ جواز المجازفة والتخمين في الأموال الربوية مثل التمر ونحوه في الوفاء والقضاء كما في حديث جابر ـ وهذا لا يجوز في غيره .

3 ـ دلّ قول ابن عباس على التخارج بين كل شريكين بما يتراضيان به، حيث تدلّ أقواله على أنه يجوز لأحد الشركاء عند التخارج أن يأخذ أقل من حقه من الشركة ، أو أكثر من حقه منها ويخرج منها من النقود والديون وغيرهما ، لأن المخارجة مصالحة وهي جائزة على الأقل وعلى الأكثر ولا تطبق عليها قواعد الصرف ونحوها [1].

هل التخارج أو الصلح عقد مستقل ؟

لا شك أن التخارج نوع من الصلح ، وهل هو عقد مستقل ؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن عقد الصلح (ومنه التخارج) ليس عقداً مستقلاً قائماً بذاته في شروطه وأحكامه ، بل هو متفرع عن غيره في ذلك ، بمعنى أنه تسري عليه أحكام أقرب العقود إليه شبهاً بحسب محتواه .

وعلى ضوء ذلك فالصلح إذا كان عن مال بمال فهو في حكم البيع ، والصلح عن مال بمنفعة إجارة ،والصلح عن نقد بنقد صرف ، أو له حكم الصرف ، والصلح عن مال معين بمال موصوف في الذمة في حكم السلم ، والصلح في دعوى الدين على أن يأخذ المدعي أقل من المطلوب يعتبر هبة ببعض الحق وإبراء عن الباقي .

(1) موسوعة فقه عبدالله بن عباس ، للدكتور محمد رواس قلعه جي/ ط . جامعة أم القرى (270/1)

وثمرة هذا التكييف أنه حينئذ تطبق على الصلح أحكام ذلك العقد الذي هـو في حكمه من حيث الشروط والآثار ، وهذا مبني على أن الاعتبار في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالصور والألفاظ والمباني[1] .

والذي يظهر لي رجحانه أن الصلح عقد مستقل وإن كان له شبه في بعـض أنواعه ببعض العقود ، كما هو الحال في الإجارة حيث فيها معنى بيع المنفعـة ،ومـع ذلك فهي عقد مستقل له أحكامه وشروطه الخاصة ونتائجه وآثاره، وذلك لما يأتي ـ بإيجاز ـ :

1 ـ أن الصلح له معناه الخاص في اللغة والعرف فليس هناك شبه أو تداخل بينـه وبين العقود التي ذكروهـا ، وحتى في الفقه الإسلامي لم يعرف الصلح بأنـه بيع ، أو صرف ، أو إجارة ، وإنما له تعريف خاص وهو(معاقدة يرتفع ـا النـزاع بين الخصوم ، ويتوصل ا إلى التوافق بين المختلفين)[2] .

قال النووي : مبيناً أن مثل هذه التعاريف للصلح ليست حداً جامعاً (فسره الأئمة بالعقـد الذي تنقطع به خصومـة المتخاصمين ، وليس هـذا على سبيل الحد ، بل أرادوا ضرباً من التعريف)[3]. وقد ذكر النووي ـ رحمه الله ـ أن الصلح يخالف البيع في صور ، وذكر منها خمساً [4]، كما أن بعـض المحققين من الفقهاء لم يستطيعوا الجزم بأن الصلح بيع مثلاً وإنما قالوا : له شبه بالبيع[5] وهذا لا ينكر ولكن لا يجعله نفس المشبه به .

2 ـ فإذا كان الصلح مختلفاً عن البيـع وبقية العقود من حيث المعـنى اللغـوي ، والعرفي ، والشرعي فكيف يكون تبعاً لها ، بل إن القرآن الكريم قد عمم معناه حيث قال العلماء في تفسير قوله تعالى : ((لا خير في كثير من نجواهم إلاّ من

(1) تبيين الحقائق (31/5 ـ 33) ،والشـرح الكبير مع حاشـية الدسـوقي (309/3) ، وشـرح الخرشي (2/6 ـ 4) ، وروضـة الطالبـين(193/4 ـ 194) ، والمغـني (531/4 ، 534)، وكشاف القناع (379/3) ، والموسوعة الفقهية (327/27) .
(2) المغني (527/4)
(3) الروضة (194/4)
(4) روضة الطالبين (194/4)
(5) المقدمات الممهدات لابن رشد ط . دار الغرب الإسلامي (518/2)

أمر بصدقة ، أو معروف ، أو إصلاح بين الناس))[1]. قال ابن رشد : (الجد) وهذا عام في الدماء والأموال والأعراض ، وفي كل شـيء يقـع التـداعي والاختلاف فيه بين المسلمين ... وهو من نوافل الخير المرغوب فيها المندوب إليها...)[2] .

وقد خصص معظم كتب السنة كتاباً ، أو أبواباً خاصة بالصلح فهذا الإمام البخاري عقد كتاباً خاصاً بالصلح وذكر فيه أربعة عشر باباً يشـمل واحداً وثلاثين حديثاً ، وافقه مسلم على تخريجها سوى حديث واحد ، كما شمل ثلاثة آثار عن الصحابة ومن بعدهم[3]، وقد تضمنت هـذه الأحاديـث مجموعة من الأحكام تختلف عن أحكام البيع ، وغيره ، بل قد صرح الفقهـاء بعمومية الصلح قال ابن قدامة (ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه، أو لا يجوز)[4] .

3 ـ ومن جانب آخر فإن للصلح خصوصية حيث يقوم على حسم النـزاع عـن طريق التراضي بالمعروف ، ولذلك كان الرسول ـ صلى الله عليه وسـلم ـ يشير إلى المتخاصمين بالصلح فإن أبيا حكم عليهما بالحكم البين[5].

وقد عقب الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ حينما سمـع صـوت الخصوم بالباب أحدهما يسترفق الآخر ويطالبه بالتصالح والآخر يقول " لا والله لا أفعل " ، فخرج رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال : (أين المتألى على الله : لا يفعل المعروف؟) فقال أنا يا رسول الله ، فله أي ذلك أحب [6].

فالصلح يقوم على المعروف والخير والتنازل على عكس بقية العقـود المالية ، أو غيرها التي تقوم على أساس المساومة والحقوق المتقابلة .

---

(1) سورة النساء / الآية (114)
(2) المقدمات الممهدات لابن رشد ط . دار الغرب الإسلامي (515/2 ـ 516)
(3) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ (5 / 297 ـ 311)
(4) المغني (545/4)
(5) المصدر السابق (309/5)
(6) صحيح البخاري مع الفتح (307/5)

4 ـ إن قولنا باستقلالية عقد الصلح لا يتعارض مع تشابه بعض أنواعه مع بعـض العقود الأخرى في بعض الأحكام

5 ـ أن الأصل في استحداث العقود الجديدة والشروط هو الإباحة لا الحظر عنـد جمهور الفقهاء كما أثبتناه في رسالتنا الدكتوراه[1] .

ويترتب على هذا التكييف أنه ينبغي أن ينظر إلى الصلح باعتباره عقداً مستقلاً وليس تبعاً ، وحينئذ يكون له شروطه الخاصة، وأحكامه وآثاره الخاصة دون إخضاعه لشروط أي عقد آخر إلاّ إذا كان هذا قد دلّ على أن أنه شرط للصلح .

و ـذا التكييف نستطيع أن نـزيل كثيراً من الشروط الخاصة بتلـك العقـود المشا ـة ، التي أدت إلى إخضاع الصلح لها تعسفاً ، كما سنرى .

شروط صحة التخارج :

هناك شروط متفق عليها ، وشروط مختلف فيها قابلة للنقاش ، فمن الشروط المتفق عليها ما يأتي :

الشرط الأول: أن يكون المتخارجان مكلفين لهما أهلية الأداء .

الشرط الثاني: أن يكون المال المتخارج منه مملوكاً لهما ، أو أن يكون لهمـا ولاية شرعية أو قضائية ، أو عقدية ، فالأب أو الجد أو الوصي له الحق في التخـارج فيما يخص أموال الأولاد ولكن فيما له حظ في المولى عليه ، وكذلك الوكيل ولكـن في حدود الوكالة .

الشرط الثالث: أن يكون المتخارج منه مما يصح الاعتياض عنه ، أما إذا كان لا يصح الاعتياض عنه فلا يصح التخارج عليه ، ولا الصلح عنه[2] .

---

(1) يراجع : مبدأ الرضا في العقود ، دراسة مقارنة ، ط . دار البشائر الإسلامية / بيروت (2/ 1186 ـ 1196)

(2) تبيين الحقائق (113/6) ، ومواهب الجليل للحطاب (85/5) ، وروضة الطالبين (281/4) ، وشرح منتهى الإرادات (265/2) ، والمغني ط . الرياض الحديثة (545/4) ، والموسوعة الفقهيـة (350/27 ـ 351)

وأما الشروط المختلف فيها فهي :

الشرط الأول: أن يكون محل التخارج معلوماً هذا عند المالكية والشـافعية، وذلك لأنه بمثابة البيع وإن كان في صورة الصلح وبيع ا هول لا يجوز .

وأما الحنابلة فقالوا : يصح الصلح عن ا هول سواء كان عيناً، أو ديناً إذا كان مما لا سبيل إلى معرفته ، فأما ما يمكنهما معرفته أو الذي هو عليه كتركة موجودة فلا يصح الصلح عليه مع الجهل ، لأنه إنما أحيل مع الجهل للحاجة إليه لإبراء الذمم وإزالة الخصام ، قال أحمد في الرجل يصالح على الشيء ، فإن علم أنه أكثر منه لم يجز إلاّ أن يوقفَه عليه إلاّ أن يكون مجهولاً لا يدري ما هو ؟ ونقل عنه عبدالله إذ اخـتلط قفيـز حنطة بقفيز شعير وطحنا ، فإن عرف قيمة دقيق الحنطة ودقيق الشعير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله إلاّ أن يصطلحا على شيء ويتحالاّ)[1].

ولم يشـترط الحنفية العلم بالمتخارج منه إذا كـان لا يحتـاج إلى القـبض والتسليم ، وأما إذا كان محتاجاً إليه فلا بد من العلم ، لأن جهالة البدل حينئذ تؤدي إلى النـزاع[2] .

والذي نرى رجحانه هو عدم اشتراط العلم بمحل التخارج ما دام العلم بـه عسيراً فيه حرج ، لأن الصلح أو التخارج غير البيع الذي يقوم على المساومة وذلـك لأن التخارج أساسه على التراضي والمسامحة ، لكنه لا يجـوز أن يخفـى أحـدهما معلومات عن المتخارج عنه من حيث الصفات والكيف والكم ونحوهما ، لأن ذلـك يؤدي إلى الغش والتحايل .

ويدل على ذلك ما رواه أحمد وأبو داود بسندهما عن أم سلمة قالت : (أتى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ رجلان يختصمان في مواريث لهما لم تكن لهما بينة إلاّ دعواهما ، فقال رسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ : (**إنكم تختصـمون إليّ ، وإنما أنا بشر ... فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار ...**) فبكى الرجلان ، وقال كل واحد منهما حقي لأخي ، فقال رسـول

---

(1) المغني لابن قدامة ط . الرياض الحديثة (542/4 ـ 544)
(2) قرة عيون الأخبار (154/2) ، ومجلة الأحكام العدلية المادة (1547)

الله "صلى الله عليه وسلم" (أما إذْ قلتما ، فاذهبا، فاقتسما ، ثم توخيـا الحـق ، ثم استهما ، ثمّ ليحلل كل واحد منكما صاحبه) وفي رواية أبي داود بلفظ (ثم استهما ، وتحالا)[1] .

وقوله " ثم استهما " أي اقترعا لتعيين الحصتين إن وقع التـنازع بينكما ليظهر أي القسمين وقع في نصيب كل منهما ، وليأخذ كل واحد منكما ما تخرجه القرعـة من القسمة ، قاله القاري" وقوله " ثم تحالا " بتشديد اللام ، أي ليجعل كل واحـد منكما صاحبه في حلّ من قبله بإبراء ذمته)[2].

ويدل على ذلك الأثر الذي ذكرناه عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ وحكمه في مسألة تماضر ، وخروجها عن حقها في الإرث بمبلغ من المال .

والحديث هذا رواه أحمد ، كما رواه أبو داود والمنذري وسكتا عنه ، ولكن في إسناده أسامة بن زيد بن أسلم المدني مولى عمر ، قال النسائي وغيره ليس بالقوي ولكن بعض نقاد الحديث قالوا : إنه صالح ، قال البخاري: (ضعف علي بن المـديني عبدالرحمن بن زيد، وأما أخواه أسامة وعبدالله فذكر عنهما صلاحاً) علماً بأن مـن قال ليس بالقوي قال من جهة الحفظ وليس من جهة الدين ، ولذلك روى عنه ابـن المبارك وابن وهب ، والضبي وغيرهم[3] .

ولذلك ينهض الحديث حجة على هذا الموضوع ولا سيما أن أصل الحـديث ـ كما يقول الشوكاني ـ في الصحيحين[4] .

والحديث يدل على جواز الصلح عن المعلوم والمجهول والتحليل منهما، كما قال الحافظ مجد الدين عبدالسلام بن تيمية حيث ترجم في أول أبواب الصلح : بـاب جواز الصلح عن المعلوم والمجهول والتحليل منهما ، ثم ذكر الحديث السابق[5] .

(1) الحديث رواه أحمـد في مسـنده (320/6) ، وأبو داود في سننه ـ مع عـون المعبود كتاب لقضـاء ـ (502/9)
(2) عون المعبود (305/9)
(3) تهذيب التهذيب لابن حجر ط. دار صادر بيروت (1/ 207)
(4) نيل الأوطار (426/6)
(5) المنتقى مع شرحه نيل الأوطار (426/6)
(6) المغني (543/4)

ثم إن الصلح هذا في حقيقته إسقاط حق فصح في المجهول كالعتاق والطلاق ، قال ابن قدامة :(ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وإمكان أداء الحق بعينه،فلأن يصح مع الجهل أولى،وذلك لأنه إذا كان معلوماً فلهما طريق إلى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه ومع الجهل لا يمكن ذلك ، فلو لم يجز الصلح أفضى إلى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه)[1] .

واستدلال المانعين بأنه بيع مردود ، بأن التخارج (أو الصلح) ليس بيعاً، ولا في معنى البيع ، وإنما هو في حقيقته إبراء وإسقاط ، وحتى لو كان في معنى البيع فإن البيع تتسامح فيه الجهالة ما دامت لم تؤد إلى النزاع ، والتخارج مبناه على تراضي الطرفين فكيف يؤدي ذلك إلى المنازعة ، قال ابن قدامة : (ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع ، وإنما هو إبراء ، وإن سلمنا كونه بيعاً فإنه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان ... وما مأكوله في جوفه ، ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال صاحب الطعام لمتلفه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم ، أو بهذا الثوب صح)[2].

الشرط الثاني: التقابض في المجلس إذا كان التخارج بالنقود من الطرفين كالتخارج عن أحد النقدين بالآخر ، وكذا فيما إذا اتفق محل التخارج من الطرفين طعاماً ، أو تتوافر فيه علة الربا فإن جمهور الفقهاء اشترطوا التقابض في المجلس من حيث المبدأ وإن اختلفوا في التفاصيل وقد عللوا هذا الاشتراط بأن الصلح حينئذ بيع وصرف فيجب توافر شروطه فيه ، ولكن الذي يرد على ذلك أنه لو كان حينئذ بيعاً وصرفاً لاشترط التماثل أيضاً مع أنه لا يشترط التماثل عندهم كما يقول لو كان على رجل ألف درهم ، فصالح عليه فخرج بخمسمائة درهم فهذا جائز عند الحنفية ، والمالكية ،والشافعية [3].

إذ هو أخذ لبعض حقه وإسقاط لباقيه ، وإبراء للمدعى عليه عن بعض الدين ، وهذا ما جاء في المادة 1044 من مرشد الحيران حيث نصت على أن (لرب

---

(1) المغني (4/ 543 ـ 544)
(2) البحرالرائق (259/7) ، ومواهب الجليل (82/5) ، وروضة الطالبين (195 ـ 196)،ونهاية المحتاج(374/4) ، والمغني لابن قدامة (535/4)

الدين أن يصالح مديونه على بعض الدين ، ويكـون أخـذاً لبعض حقه وإبراء عـن باقيه).

ولا يختلف الحكم عند الحنابلة إلاّ أ م اشترطوا أن تكون البراءة مطلقة مـن غير شرط ، أما لو قال : أبرأتك عن النصف على أن توفيني ما بقى بطل ، لأنه مـا أبرأه عن بعض الحق إلاّ ليوفيه بقيته واشترطوا كذلك في رواية بأن يكون ذلك بلفـظ الإبراء دون لفظ الصلح[1] .

والشافعية أجازوا بألفاظ الإبراء والحط ونحوهما ، كالإسقاط والهبة ، والترك ، والإحلال والتحليل ، والعفو والوضع ، ولا يشترط عندهم القبول على المذهب سواء قلنا إن الإبراء تمليك أم إسقاط[2] .

وعدم اشترط التماثل في الصلح محل اتفاق لأنه إنما يكون صلحاً إذا كان فيه تنازل وتسامح ، وقد وردت بذلك أحاديث منها حديث كعب بن مالك الذي أشار إليه النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أن يضع الشطر من دينه قال: قد فعلـت .. .[3] وإنما قصدي من ذلك أن الصلح له طبيعة خاصة لا ينبغي فرض تكييف آخر عليـه ، فالصلح ليس بيعاً وإن كان فيه بعض الشبه في بعض أنواعه .

ومن جانب آخر أين قبض الدين في حالة الصلح وهو في الذمـة ؟ وأيـن الخوف من الربا والزيادة ، والمتخارج يخرج بحطيطة ونقص ؟

والخلاصة أن مسألة التقابض في ا لس لا تشكل مشكلة بالنسبة للتخارج في الأسهم ، والوحدات الاستثمارية ، لأ ا ليست نقوداً محضة في موضوعنا هذا ، ومـا دامت ليست نقوداً محضة فإن التخارج منها بالتراضي جائز دون مراعاة التقـابض في ا لس إلاّ إذا كان القصد التحايل على أحكام الصرف فهذا غير جائز ، فقد أجاز ابن تيمية مسألة "مد وعجوة" إذا لم يكن القصد منها التحايل كما سبق .

---

(1) المغني لابن قدامة (535/4)
(2) روضة الطالبين (195/4 ـ 496) اية المحتاج (374/4)
(3) الحديث في صحيح البخاري سبق تخريجه0

الشرط الثالث : توافر شروط بيع الدين عند التخارج من الديون، هذا ما اشترطه جماعة من الفقهاء ، ولا أرى لذلك وجهاً لأنه حينئذٍ ليس بيعاً للدين ، وإنما هو صلح وإبراء وإسقاط ، فلنذكر بعض ما قاله الفقهاء في هذا المجال حيث إن الصلح عن الدين نوعان : صلح إسقاط وإبراء وحطيطة ، وصلح معاوضة .

فالأول هو الذي يجري على بعض الدين المدعى وله صور منها :

(أ) أن يكون الدين حالاً فيصالحه مثلاً على الألف الحال على خمسمائة حالة وهذا جائز عند الجمهور كما ذكرناه في الشرط السابق. وهذا أكبر دليل على أن هذا ليس بيع الدين ، لأنه لو كان بيع الدين لما جاز النقص ، لأنه يؤدي إلى الربا قطعاً .

(ب) أن يكون الدين مؤجلاً فيصالحه على خمسمائة معجلة ، وهذا ما يسمى بمسألة "ضع وتعجل" وهي غير جائزة عند الجمهور وجائزة عند ابن عباس – رضي الله عنه – ، وإبراهيم النخعي ، وزفر من الحنفية ، وأبي ثور من الشافعية ، وهو مروي عن عبدالله بن عمر ، وزيد بن ثابت – رضي الله عنهما – وعن محمد بن سيرين ، والحسن البصري ، وابن المسيب والشعبي رحمهم الله[1] وهذه رواية عن أحمد اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية ، والعلامة ابن القيم[2] .

وقد قال ابن القيم في سبب جوازه : (لأن هذا عكس الربا ، فإن الربا يتضمن الزيادة في أحد العوضين في مقابلة الأجل ، وهذا يتضمن براءة ذمته من بعض العوض في مقابلة سقوط الأجل فسقط بعض العوض في مقابلة سقوط بعض الأجل فانتفع به كل واحد منهما ، ولم يكن هذا ربا لا حقيقة ولا لغة ولا عرفاً ... ولا يخفى الفرق الواضح بين قوله : (إما أن تربي ، وإما أن تقضى) وبين قوله : (عجل لي وأهب لك مائة) ، فأين أحدهما من الآخر، فلا نص في تحريم ذلك ولا إجماع ، ولا قياس صحيح)[3] .

---

(1) يراجع : أحكام القرآن للجصاص ط . مصر (186/2) ، مصنف عبدالرزاق (7471/8) ، ويراجع بحث الشيخ تقي الدين العثماني المنشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد السابق (44/2)

(2) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبعلي (ص 134) ، وأعلام الموقعين ط . السعادة بالقاهرة (371/3)

(3) أعلام الموقعين (371/3)

ولا أدخل في تفاصيله حيث حسمه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم (7/2/66) الذي نص على أن (الحطيطة من الدين المؤجل لأجل تعجيله سواء كانت بطلب الدائن ،أم المدين **"ضع وتعجل "جائزة شرعاً لا تدخل** في **الربا المحرم إذا** لم **تكن بناءً على اتفاق مسبق وما دامت العلاقة** بين **الدائن والمدين ثنائية...).**

(ج) أن يكون الدين حالاً فيصالحه على التأجيل فقط مع بقاء الدين بحاله وهو أيضاً محل خلاف بين الفقهاء حيث أجازه جماعة منهم الحنفية ، ومنعه الآخرون[1] .

(د) أن يكون الدين حالاً كألف دينار فيصالحه على الحط والتأجيل ، أي يدفع له بعد سنة مثلاً خمسمائة دينار فقط ، وهذا جائز عند الحنفية ، والمالكية، وبعض الحنابلة[2] وأما عند الشافعية والأصح عند الحنابلة فيصح الإسقاط دون التأجيل[3] . وقد ذكر ابن تيمية وابن القيم أن صحة الإسقاط والتأجيل هو الصواب[4] .

وغرضي من ذلك أن قواعد بيع الدين لم تطبق في هذه الحالات ، وكل ذلك يدل على أن الصلح أو التخارج ليس بيعاً في كل الأحكام ، والشروط ، وأنه مبني على التسامح والتبرع والمعروف فيغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره وقد روى أنه عرض على سيدنا علي - رضي الله عنه - موضوع فقال: (هذا حرام ، ولولا أنه صلح لفسخته)[5]. والمقصود أن بعض التصرفات لو لم تصغ على أساس الصلح كانت غير مشروعة ، أو باطلة ، أما مع الصلح فيصح كما في موضوع الديون والنقود ونحوهما ، وقد ذكرنا الأحاديث والآثار السابقة التي رواها البخاري وغيره والتي تدل على بعض التصرفات عن طريق الصلح لولاه لما صحت عن طريق غيره كالبيع ونحوه.

---

(1) شرح المجلة للأتاسي (564/4) ، والبحر الرائق(259/7) ، ونهاية المحتاج(374/4)، والروضة (195/4 ـ 196) ، وشرح منتهى الإرادات (261/2) ، والموسوعة الفقهية (333/27)
(2) البحر الرائق (259/7) ، والتاج والإكليل (82/5) ، وأعلام الموقعين (370/3)
(3) جاء في الروضة (196/4 : ولو صالح من ألف حال على خمسمائة مؤجلة فهذا ليس من المعاوضة في شيء ، بل هو مسامحة من وجهين : أحدهما : حط خمسمائة ، والثاني : وعد لا يلزم فله المطالبة بالباقي في الحال) ، ويراجع شرح منتهى الإرادات (261/2)
(4) أعلام الموقعين (370/3)
(5) المعيار للونشريسي ط . أوقاف المغرب (500/6)

وقد ذكر الفقيه الحنفي أبو جعفر ـ مخالفاً جمهور الحنفية ـ أن التخارج إذا كانت أعيان التركة مجهولة والصلح على المكيل والموزون جائز، لاحتمال ألا يكـون في التركة من ذلك الجنس ، وإن كان فيها فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك الجـنس في التركة أقل مما وقع عليه الصلح فلا يلزم الربا ، واحتمال أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو مثله احتمال الاحتمال ففيه شبهة الشبهة فليست معتبرة ، وقد صحح هـذا القول الزيلعي وقاضيخان[1] ، وجاء في الفتاوى الهندية: (ولو كان في التركة دراهـم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً صح الصلح كيفما كان ، ولكـن يشـترط التقابض كذا في الكافي)[2]

وذكر المالكية صوراً للتخارج عندما تكون التركة مشتملة على عرض وفضة وذهب وصالح الورثة أحدهم عن إرثه مثل الزوجة ، فإن الصلح جائز في عدة حالات لا يسع المجال لذكرها هنا[3].

التخارج عن ديون التركة :

عندما تكون بعض التركة ديوناً على الناس ، وصالح الورثة أحدهم علـى أن يخرجوه من الدين بمقابل فقد اختلف الفقهاء :

أولاً: مذهب الحنفية إلى أن الصلح باطل في العين والدين ، لكنهم صححوا بعـض صوره ، منها :

(أ) أن يشترط الورثة أن يبرئ المتخارج الغرماء من حصته من الـدين ، لأنه حينئذٍ يكون إسقاطاً ، أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهـو جائز .

(ب) ان يجعل الورثة قضاء نصيب المتخارج من الدين ، ويحيلهم بحصته[4] .

---

(1) الفتاوى الهندية (268/4) ، والبحر الرائق (49/5 ـ 52)
(2) الفتاوى الهندية (268/4)
(3) جواهر الإكليل (10/2) ، والموسوعة الفقهية (10/11)
(4) البحر الرائق (51/5)

ثانياً: والحنابلة في المشهور عندهم مثل الحنفية في عدم جواز بيع الدين لغير من عليه الدين ، ولكن يصح إبراء المدين منه ، أو الحوالة به عليه .

ثالثاً: والمالكية أجازوا التخارج والصلح عن الدين الذي على الغير بنفس شروط بيع الدين للغير[1] ، وكذلك الأمر عند الشافعية على المعتمد عندهم[2] .

التخارج كحل :

فقد تطرق الدكتور حسين حامد إلى هذا الحل حيث قال:(يرى بعض الفقهاء أنه يجوز تخارج أحد الورثة من التركة في مقابل عوض يؤخذ من التركة أو غيرهـا ، وهذا تصرف في حصة شائعة من مجموع مالي بعوض ، ولا فرق بين السهم الذي يمثل حصة شائعة في مجموع مالي يشتمل على الديون والنقود ، وبين التخارج من التركـة باتفاق الورثة ،ولم يثر القائلون بجواز التخارج موضوع اشتمال التركة علـى ديـون ونقود ، ونسبة هذه إلى بقية عناصر الشركة من الأعيان والمنافع)[3] .

ويلاحظ على هذا أن جمهور الفقهاء اشترطوا شروط التقـابض في ا لمـس عندما يكون التخارج عن النقد بنقد ، أو عن الأموال الربوية بأموال ربوية ـ كمـا سبق ـ وتطرق المالكية إلى حالة اشتمال التركة على عرض وفضة وذهب ، وصـالح الورثة أحدهم عن إرثه كزوجة مثلاً مات زوجها فصالحها الابن على حقّها من التركة فإن الصلح جائز في عدة حالات من أهمها :

(أ) إذا أخذت ذهباً أو فضةً من التركة قدر حصتها منهما كصلحها بعشرة دنانير والذهب ثمانون عند الفرع الوارث ، أو أربعون عند عدمه والذهب حاضـر وكذلك الحال في الفضة فإن ذلك جائز ، ولا يختلف الحكم إن أخذت أقـل من حصتها منهما ، لأنه حينئذٍ يكون الباقي هبة منها للورثة .

(ب) إذا أخذت ذهباً من التركة زائداً على حظها ديناراً واحداً فقط كصلحها بأحد عشر ديناراً من الثمانين الحاضرة فيجوز إن كانت التركة من عـرض ونقـد

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (316/3)
(2) روضة الطالبين (4/ 195 ـ 197)
(3) بحثه السابق : مكونات الأسهم واثرها على تداولها (ص 37)

حاضرة وليست غائبة ، ولا ينظر حينئذٍ إلى الدراهم قلّت أو كثرت ، وتكييف هذه المسألة على أساس أنها أخذت نصيبها من الدنانير (وهي عشرة) وباعت لباقي الورثة حظها من الدراهم والعرض بالدنانير الزائدة ، فجميع ما فيه من البيع والصرف دينار واحد وهذا جائز ، لأنه لا يجوز عند المالكية اجتماع البيع والصرف في أكثر من دينار .

(ج) إذا أخذت من ذهب التركة اكثر من دينار جاز هذا التخارج إن قلّت الدراهم التي تستحقها عن صرف دينار ، أو قلّت قيمة العروض التي تستحقها عن صرف دينار ، أو قلّت الدراهم والعروض معاً عن صرف دينار .

هذا إذا كان بدل التخارج من التركة نفسها ، أما لو كان من غيرها وصالحها الورثة في المثال السابق بذهب من غير ذهب التركة ، أو بفضة من غير فضة التركة فلا يجوز هذا الصلح مطلقاً قلّ ما أخذته من نصيبها أو كثُر لأنه ربا[1] .

والخلاصة أن الفقهاء أثاروا ذلك بالتفصيل ، ولم يغفلوا عن شرط التقابض في المجلس إذا كان الصلح أو التخارج فيه نقد بنقد ، أو في الأموال الربوية ، مثل البيع ، وكذلك لم يغفلوا عن أحكام الدين من حيث المبدأ عندما يكون التخارج في الديون ، كما سبق ذلك بالتفصيل مع بعض الخلاف في بعض التفاصيل .

التخارج هل يحل هذه المشكلة ؟

ومن الجدير بالتنبيه عليه أن عملية التخارج الفقهي ليست حلاً ملزماً يمكن الركون عليه دائماً ، وذلك لأنه تصالح يتم بين الطرفين لحل النزاع بين الطرفين ودياً ولا يمكن إجبارهما على القبول ، حيث يبقى حقهما في اللجوء إلى القضاء البين إن لم يرتض أحد الطرفين بذلك التخارج ، ولكن عند التراضي يأتي الحل ، ـ هذا إذا يجعل ذلك العقد ـ ويأتي السؤال : هل يشترط في التخارج ما يشترط في البيع ؟

فإذا كان جوابنا عن ذلك بنعم فإن التخارج لم يحقق لنا أي حلّ ، وإذا كان جوابنا بغير ذلك فيمكن أن يكون حلاً لهذه الحالة .

---

(1) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (315/3 ـ 316)

وقد ذكرنا رأي جمهور الفقهاء في أن التخارج في حالة المعاوضة بيـع، وفي حالة كون محل التخارج من النقود صرف ، ومن الأموال الربوية لا بد من ملاحظـة التقابض وهكذا ، وحينئذٍ عدنا إلى قواعد البيع والشراء ، وعدنا إلي نقطة البداية التي نحن نبحث عنها جميعاً .

ولكن الحل في نظري هو في رأي بعض الفقهاء الذين خـالفوا الجمهـور في القواعد السابقة ، مثل ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ الذي يظهر ممـا رواه عنـه عبدالرزاق الصنعاني وغيره أنه لا يشـترط هذه الشروط ما دام الأمر قائمـاً علـى التخارج ، لأن مبناه على التراضي والإبراء فقد قال: (لا بأس بأن يتخارج القـوم في الشركة بينهم ، فيأخذ بعضهم من الذهب الذي بينهم ، يأخذ هذا عشـرة نقـداً ، ويأخذ هذا عشرين ديناراً)[1] . وفي رواية أخرى قال ابن عبـاس : (لا بـأس بـأن يتخارج أهل الميراث من الدين يخرج بعضهم من بعض)[2] ، وفي رواية أخرى عنه : (لا بأس أن يتخارج الشريكان فيأخذ هذا ديناً ، وهذا عيناً)[3] .

وصنيع البخاري يؤيد هذا الرأي ويختاره حيث ترجم البخاري: باب الصـلح بين الغرماء وأصحاب الميراث والمجازفة في ذلك ، ثم ذكر قول ابن عباس هذا[4] ، وقد قال الحافظ ابن حجر في شرحه للباب (والمجازفة في ذلك أي عنـد المعاوضـة .... ومراده أن المجازفة في الاعتياض عن الدين جائزة وإن كانت من جنس حقه وأقـل ، وأنه لا يتناوله النهي ، إذ لا مقابلة بين الطرفين)[5] .

وقد ذكرت من خلال العرض السابق عدة أدلة وأقوال كلها تؤيد ما ذهبنا إليه من أن التخارج (الصلح) عقد مستقل ليس تبعاً للبيع ونحـوه ، وإن كانـت هنـاك مشاركة في بعض الأحكام وأن التخارج إذا كان حقيقياً وليس للتحايل علـى الربـا وأحكام الصرف والدين جائز دون اشتراط التقابض في المجلس ، أو أحكام بيع الديون إذا توافرت الشروط الأساسية التي ذكرناها في بداية العرض .

(1) المصنف (288/8) وروى مثله سعيد بن منصور ومن طريق البيهقي في السنن الكبرى (65/6)
(2) المصنف (289/8)
(3) صحيح البخاري ـ مع الفتح ـ حيث رواه معلقاً ، ولكن قال الحافظ أن قول ابن عباس هذا وصله ابن أبي شيبة في مصنفه (310/5)
(4) المصدر السابق نفسه
(5) فتح الباري (311/5)

وعلى ضوء ذلك يمكن أن يكون التخارج حلاً مستقلاً آخر لمشكلة مكونات الأسهم من النقود ، أو الديون دون النظر إلى النسبة من حيث القلـة والكثـرة ، ولا النظر إلى الأصالة والتبعية .

ولكن التخارج يحتاج إلى تراضي الطرفين في الأخير وإبراء كل واحد منـهما ذمة الآخر ، في حين أن اعتبار الأصالة والتبعية لا يحتاج إلى أي إجراء ، وكذلك الحال في مسألة الكثرة والتبعية .

فائـدة مهمـة :

إن فقهاءنا العظام ـ رحمهم الله ـ استعملوا مصطلحات دقيقة التزموا ـا كقاعدة عامة ، مثل البيع ، والصلح ، والاعتياض ، والإبراء ، والإسقاط، فقد يمنعون التصرف في الشيء على أساس البيع ، في حين يجيزون التصرف فيه على أساس الصلح أو الإبراء، أو الاعتياض عنه بطريق آخر .

فقد ذكر العلامة خالد الأتاسي شارح مجلة الأحكام العدلية: (أنه إذا كانـت الحقوق ا ردة لا يجوز بيعها عند الحنفية ، فإ م يجيزون الاعتياض عنها عـن طريـق الصلح ...)[1] هذا والله أعلم .

***

(1) شرح ا لة (12/2)

لقد ناقش البحث عدة طروحات لحل هذه المشكلة ، وتوصل إلى أن الحـل الناجع يكمن فيما يأتي :

1 - رعاية مبدأ الأكثرية أو الأغلبية.

وهـذا المبـدأ يحتمـل أمريـن :-

(أ) رعاية مبدأ الأكثرية والغلبة المطلقة، أي أنه إذا كانت الديون والنقـود أكثر من 50% فلا يجوز تداول أسهمها أو حصصها إلا مع مراعـاة قواعد بيع الديون إذا كان الغالب الديون، وقواعد الصرف إذا كـان الغالب هو النقود، وكذلك إذا كانت الأعيان والمنافع والحقوق أكثـر من 50% فإنه يجوز تداول أسهمها .

(ب) الاعتبار بالكثرة العرفيـة، أي ما يعد في العرف كثيراً مثـل الثلـث، حيث " الثلث كثير " وهنا اختلفت الأنظار هل تعتبر الديون والنقـود التي بلغت الثلث تعد كثيرة ؟ أو تعتـبر الأعيان والمنافع والحقوق التي بلغت الثلث كثيرة..؟

ونستبعد الاحتمال الثاني (ب) لأن فيه تحكماً، وليس فيه معيار منضبط، فمـا دمنا نحتكم إلى قاعدة الأكثرية والغالبية فإن ما زاد على 50 هو المعيار المنضبط.

وقد توصل البحث إلى أن قاعدة الأكثرية مع أ ا قاعدة معتبرة في الفقه لكنها لا تحل هذه المشكلة في المؤسسات المالية التي تتعامل بـالعقود الآجلـة كالمرابحـات والاستصناع ، لأن ميزانيا ا أكثرها تتضمن من النقود والديون الناتجة عـن العقـود الآجلة أكثر من 90%.

2ـ رعاية قاعدة الأصالة والتبعية .

وهي قاعدة فقهية معتبرة في الفقه الإسلامي، وانبثقت منـها عـدة قواعـد وتفرعت منها فروع كثيرة متناثرة في مختلف أبواب الفقه وبناء على ذلك فإنه إذا كان

المقصود الأساسي من الموجودات هو الأعيان والمنافع والحقوق المعنوية فـإن تـداول أسهمها أو صكوكها أو وحدا ا الاستثمارية جائز.

وقد رأينا أن جميع الندوات التي شاركنا فيها قد توصلت إلى اعتبار قاعـدة الأصالة والتبعية، وأن الحل الناجع يكمن فيها، وحينئذ يكون التداول جائزاً ما دامت المنافع والأعيان والحقوق هي المقصودة أصلاً ، ولا ينظر حينئذ إلى مقـدار الـديون والنقود ولا إلى نسبتها – قلة أو كثرة –

غير أنه يثير التساؤل حول الأصل المتبوع ؟ هل هو السلع والمنافع ؟ أو هـو القيمة المعنوية ؟ أو هو منفعة الأجير أو المضارب؟ أو هو مجموعة أمور ؟ كل ذلـك يحتاج إلى تحرير وتأصيل.

ولتأصيل ذلك توصل البحث إلى أن الأصل المتبوع هو نشاط الشركة وعملها وأغراضها المصرح ا في النظام الأساسي فإن كان غرض الشركة ونشاطها هو العمل في تجارة الأعيان والمنافع والحقوق عن طريق العقود الشرعية كالمرابحة والاستصـناع والإجارة ونحوها ، فإن الديون أو النقود الناتجة منها مهما كثرت لا تؤثر في تـداول أسهمها إلا في حالات البداية قبل العمل، أو النهاية عند التصفية، وذلك لأن العمـل التجاري هو الأصل المتبوع المقصود وأن الديون أو النقود نتجت تبعاً لذلك العمل.

أما إذا كانت أغراض الشركة هي التجارة في العملات أو الصـرافة أو بيـع الديون وشرائها فقط فإن تداول أسهمها يحتاج إلى تطبيق قواعد الصرف، أو أحكـام بيع الديون، وبناءً على ذلك فإن الأصل المتبوع في الشركات (التي تحدد أغراضـها في التجارة من خلال عقود البيع والشراء والمرابحة والسـلم والاستصـناع والإجـارة ونحوها الواقعة على السلع أو المنافع أو الحقوق) هو ذلك النشاط المتمثـل في بيـع موجودات الشركة ، أو بقية العقود الأخرى ، وما نتج من ذلك من تحقيق الأرباح . وأن الديون أو النقود ليست هي المقصودة أصالة من تلك الشركات لا مـن حيـث أغراض الشركة ولا من حيث النشاط الفعلي للشركة ولا من حيث القصـد العـام للمساهمين أو المتعاملين مع الشركة فهم يقصدون حقيقة أنشطة الشركة وإنتاجهـا، ومن ثم الحصول على أرباحها.

وحتى من الجانب العملي فإن هذه الشركات إذا تحققت لها نقود أو حصلت الديون أعادت استثمارها في البيع والشراء والعقود الواردة على السلع والمنافع والحقوق، في حين أن الأصل المتبوع في الشركات التي تحدد أغراضها في بيع الديون، أو العملات أو الصيرفة هو ذلك النشاط المتمثل في تحقيق تلك الأغراض التي تتجه الشركة لتحقيقها ، وتجعلها محور نشاطها .

ويدل على ذلك الجمع بين الأحاديث الواردة في هذا الشأن فحديث فضالة بن عبيد الأنصاري (الذي رواه مسلم والذي ى فيه الرسول ﷺ عن بيع القلادة التي فيها خرز إلا بنزع الخرز، ثم بيع الذهب وحده) يدل على أن الرسول أوجب النزع، لأن البيع كان وارداً على الذهب أصالة، وجاء الخرز تبعاً، ولم يعتد الرسول بكلام السائل: أنه يريد الحجر ، لأن القصد الظاهر في القلادة متجه نحو الذهب فهو الأصل المقصود، مما يعطي للقصد العام الأهمية القصوى، وأما الحديث الصحيح المتفق عليه " من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه ، إلا أن يشترط المبتاع " ففيه أن البيع قد وقع على أصل العبد، وجاء ماله ولو كان ذهباً أو فضة (كثيراً أو قليلاً تبعاً) ،حيث يدل الحديث بظاهره على جواز ذلك دون النظر إلى جنس الثمن لأن لفظ " مال " في الحديث يشمل جميع أمواله نقداً كان أو ديناً ، أو عرضاً قليلاً أو كثيراً كما يدل على أن مال العبد المباع مهما كان مقداره أو نوعه فهو تابع له .

وكذلك الحال في الحديث الصحيح المتفق عليه بلفظ " من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر، فثمرها للبائع إلا أن يشترط المبتاع " حيث يدل على جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحها تبعاً للنخل، مع أنه لا يجوز بيعها وحدها لثبوت النهي عن ذلك .

ومن تطبيقات ذلك ما ذهب إليه الحنابلة من أن " صلاح بعض ثمرة شجرة في بستان صلاح لها – أي للشجرة – وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد " وإنما صح مع ما بدا صلاحه تبعاً له (كشاف القناع 387/3 ويراجع المغني 156/6) وعلى ضوء ذلك يجوز تداول الأسهم أو الصكوك أو الوحدات الاستثمارية مهما كانت نسبة الديون أو النقود بالشروط التالية :-

1 ـ أن تحدد أغراض الشركة بأعمال التجارة والاستثمار أو الصناعة أو الزراعة من خلال العقود الواردة على السلع أو المنـافع أو الحقـوق ، أي أن لا تحـدد أغراضها في الصيرفة ، أو بيع الديون .

2 ـ ألا تقتصر موجودات الشركة أو الصندوق أو الصكوك على النقود والـديون فيكون فيها موجودات مادية أو معنوية من أعيـان ومنـافع دون النظـر إلى النسبة.

3 ـ أن تكون أعمال البيع والشراء والاستصناع ونحوها هي المقصـودة أصـالة ، وتكون الديون أو النقود قد أتت تابعة غير مقصودة وإنما اقتضتها طبيعة أنشطة المؤسسة بأن كانت تابعة للأعيان والمنافع ، أي أن هناك قصداً تبعياً لها ضمناً.

والمراد بالقصد المعتبر هو أن يكون محل التداول حصـة في الوعـاء الاستثماري للنشاط المشروع القائم أصالة على المتاجرة في السلع والخدمات غير المقتصر على التعامل في النقود المحضة والديون المحضة أما إذا كـان محـل التداول الديون – كما في سندات الديون – أو النقود فقط فلا يجوز تداولها إلا على ضوء ضوابط بيع الديون والنقود.

4 ـ أن تبدأ المؤسسة ممارسة أنشطتها في الأعيان والمنافع أما قبل ذلـك فيكـون التداول نقداً بالقيمة المدفوعة.

5 ـ أن يتوقف التداول عند إعلان التصفية القانونية للمؤسسة .

6 ـ لا يجوز أن يتخذ القول بالجواز ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع ، ويجعـل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول.

وفي الختام أسأل الله ـ تعالى ـ أن يجعل أعمالنا كلها خالصة لوجهه الكريم وأن أكون قد وفقت فى الوصول إلى ما أصبو إليه. فهو حسبي ، فنعم المولى ونعم النصير وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمي والصلاة والسلام على رسوله الأمين.وعلى آله وصحبه أجمعين .

قائمة بمراجع ومصادر البحث

أولاً : المصادر والمراجع غير الحديثة :

ـ القرآن الكريم .

1- الإجماع للعلامة أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر ، ت318هـ ، تحقيق الدكتور عبدالقادر شن أر ، ط.أنقرة ـ تركيا .

2- الأحكام السلطانية للعلامة أبي الحسن علي بن محمد الماوردي ، ت 450هـ ، ط.التوفيقية ـ القاهرة .

3- الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين علي بن محمد ، ت 631هـ ، ط. محمد علي صبيح بالقاهرة 1347هـ .

4- أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبدالله بن العربي ، ت 543هـ ، تحقيق علي محمد البجاوي ، ط. عيسى البابي الحلبي 1387هـ .

5- أحكام القرآن للإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص ، ت370هـ ، دار الفكر ببيروت .

6- أحكام القرآن للإمام الشافعي ، تحقيق الأستاذ الشيخ عبدالغني عبدالخالق ، ط.دار الكتب العلمية ببيروت 1395هـ .

7- أحكام القرآن للإمام عماد الدين بن محمد الطبري المعروف بالكيا الهراس ،ت504هـ ، تحقيق موسى محمد علي والدكتور عزت علي عيد عطية ، ط. دار الكتب الحديثة بالقاهرة .

8- إحياء علوم الدين للإمام حجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي ، ت505هـ ، ط. عيسى البابي الحلبي بالقاهرة .

9- الأشباه والنظائر للعلامة جلال الدين عبدالرحمن السيوطي ت911هـ ، ط. عيسى البابي الحلبي بالقاهرة .

10- الأشباه والنظائر للعلامة زين العابدين بن إبـراهيم بـن نجـيم المصـري ، ت967هـ ، ط. مؤسسة الحلبي بالقاهرة .

11- الأصل للإمام محمد بن حسن الشيباني ، مخطوطة مكتبة السـليمانية ، قسـم طرخان سلطان رقم 98 – 99 باستامبول .

12- أعلام الموقعين للعلامة شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكـر بـن قـيم الجوزية، ت751هـ ، تحقيق طه عبدالرؤوف سعد ،ط. شركة الطباعة الفنية بالقاهرة 1388هـ .

13- الأم للإمام الشافعي ، ط. دار الشعب بالقاهرة .

14- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للعلامة علاء الدين على بن سـليمان المرداوي ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ط. السنة المحمدية 1375هـ .

15- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للإمام أبي العباس أحمـد بـن يحـيى الونشريسي ت912هـ ، تحقيق أحمد بو طاهـر الخطـابي ، ط. فضـالة بالمغرب ، إشراف صندوق إحياء التراث الإسلامي 1400هـ .

16- البحر الرائق للعلامـة زين الدين بن إبراهيم بن نجيم المصري ، ت976هـ ، ط. دار المعرفة ببيروت .

17- البحر الزخار للعلامة أحمد بن يحيى بن المرتضى ، ت840هـ ، ط. مؤسسة الرسالة ببيروت 1366هـ ، الطبعة الثانية .

18- بدائع الصنائع للإمام الكاساني ، ت578هـ ، ط. الإمام بالقاهرة .

19- بداية المجتهد للعلامة محمد بن حمد المشـهور بـابن رشـد الأندلسـي ، ت595هـ ، ط. مصطفى البابي الحلبي ، الطبعة الرابعة 1395هـ .

20- بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب مالك للعلامة أحمد بن محمد الصاوي على الشرح الصغير للدردير ، ط. عيسى البابي الحلبي بالقاهرة .

21- التاج والإكليل لمختصر الخليل للعلامة أبي عبدالله سيدي محمد بـن يوسـف البهدري المالكي بهامش مواهب الجليل ، ط. دار السعادة بمصر 1329هـ .

22- تبيين الحقائق شـرح كنز الدقائق للعلامـة فخر الدين عثمان بـن علـي الزيلعي ، ط. السيد عمر حسين الخشب بمصر 1313هـ .

23- تحفة الأحوذي على شـرح سنن الترمذي للحافظ أبي العلـى محمـد بـن عبدالرحمن ، طبعة ثانية 1385هـ ، ط. الفجالة بالقاهرة .

24- تحفة المحتاج للعلامة شهاب الدين محمد بن أحمد السمرقندي، ط.دار الحديث بمصر .

25- تخريج الفروع على الأصول للإمام أبي شهاب الزنجاني ، تحقيق محمد أديـب صالح ، ط. جامعة دمشق 1382هـ .

26- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للعلامة جمـال الـدين أبي محمـد عبدالرحيم بن الحسن الإسنوي ، ت772هـ ، تحقيق الدكتور محمد حسـن هيتو ، ط. مؤسسة الرسالة 1401هـ ، الطبعة الثانية .

27- تهذيب الفروق والقواعد السنية للشيخ محمد علي بن حسين المالكي ، ط.دار المعرفة بيروت ـ لبنان .

28- جامع البيان في تفسـير القرآن لأبي جعفر محمـد بـن جريـر الطـبري ، ت310هـ ، دار المعارف بالقاهرة بتحقيق الشيخ محمود محمد شاكر ، ط. المطبعة الكبرى ببولاق 1328هـ .

29- الجامع الصغير للحافظ عبدالرحمن السيوطي،ت911هـ ط.المطبعة الخيريـة 1321هـ

30- جامع الفصولين لمحمود بن إسـرائيل قاضي سماونة ، ط. بولاق 1300هـ .

31- الجامع لأحكام القرآن لأبي عبدالله محمد بن أحمد القرطبي ، ت 671هـ ، ط.دار الكتب المصرية 1387هـ .

32- حاشية البجيرمي على منهج الطلاب ، ط. المكتبة الإسلامية ـ ديار بكـر بتركيا .

33- حاشية الدسـوقي على الشرح الكبير للعلامة الشـيخ محمـد بـن عرفـة الدسوقي ، ط. الاستقامة بالقاهرة .

34- حاشية الروض المربع للعلامة عبدالرحمن بن محمـد العاصـمي الحنبلـي ، ت1392هـ ، ط. المطابع الأهلية للأوفست بالرياض .

35- حاشية الشبراملسي على اية المحتاج،ط.مصطفى البـابي الحلـبي بالقـاهرة 1386هـ .

36- حاشـية عميرة على شرح المحلى على المنهاج ، ط. عيسـى البـابي الحلـبي بالقاهرة .

37- الدر المختار شرح تنوير الأبصار للعلامة الحصكفي ، ط. مصـطفى البـابي الحلبي.

38- الذخيرة للقرافي / ط. دار الغرب الإسلامي .

39- رحمة الأمة في اختلاف الأئمـة للعلامة أبي عبدالله محمـد بـن عبـدالرحمن الدمشقي ، الطبعة الثانية 1386هـ ، ط.مصطفى البابي الحلبي بمصر .

40- رمز الحقائق بشرح ك الدقائق للعلامة بدر الدين العـيني ، ت855هـ ، مخطوط بمكتبتنا الخاصة ، ومطبوعة بنول كشور بلاهور بباكستان .

41- روضة الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النـووي ، ت676هـ ، ط.المكتب الإسلامي للطباعة والنشر بدمشق .

42- سنن ابن ماجه للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ، ت273هـ ، ط. عيسى البابي الحلبي 1972 بتحقيق محمد فؤاد عبدالباقي.

43- سنن أبي داود للحافظ الحجة سـليمان بـن الأشـعث السجسـتاني ، ت275هـ ، المطبوع مع شرحه عون المعبود ، طبع ونشر المكتبة السـلفية بالمدينة المنورة .

44- سنن الترمذي للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى السلمي ، ت279هـ ، المطبوع مع شرحه تحفة الأحوذي ، ط. الاعتمـاد بالقـاهرة 45- سـنن

الدارقطني للحافظ أبي الحسن علي بن عمر الدارقطني ، ت 385هـ ، تحقيق السيد عبدالله هاشم اليماني ، ط. دار المحاسن للطباعة بالقاهرة 1386هـ .

46- السنن الكبرى للحافظ الفقيه أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي ، ت458هـ ، ط. دار المعارف - حيدر آباد ، طبعة بالأوفست ، دار الفكر .

47- سنن النسائي للحافظ أبي عبدالرحمن بن شعيب النسائي ، ت303هـ ، ومعه زهر الربى على المجتبى للحافظ السيوطي ، مع تعليقات من حاشية السندي ، ط. مصطفى البابي الحلبي 1383هـ .

48- شرح سنن أبي داود للحافظ الفقيه ابن قيم الجوزية المطبوع مع عون المعبود ، نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة 1388هـ .

49- شرح صحيح مسلم للإمام الحافظ الفقيه محيي الدين بن شرف النووي، ت676هـ ، ط. المطبعة المصرية بالقاهرة .

50- شرح العناية على الهداية للإمام محمد بن محمود البابرتي ، ت786هـ ، المطبوع بهامش فتح القدير ، ط.دار صادر .

51- شرح الكوكب المنير لابن نجار الحنبلي ، ط. جامعة الملك عبدالعزيز بالسعودية .

52- صحيح البخاري لأمير المؤمنين في الحديث الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري ، ت256هـ ، المطبوع مع فتح الباري ، ط.المطبعة السلفية بالقاهرة 1380هـ .

53- صحيح مسلم للإمام الحجة مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري ، ت261هـ ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، ط. عيسى البابي الحلبي 1374هـ - 1955م .

54- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ، ط.مطبعة المدني بالقاهرة.

55- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة لابن شاس / ط . مجمـع الفقـه الإسلامي الدولي.

56- الغاية القصوى في دراية الفتوى للإمام عبدالله بـن عمـر البيضـاوي ، ت 685هـ ، وتحقيق ودراسة وتعليق علي محيي الدين علي القره داغـي ، ط. دار الإصلاح 1982م

57- فتاوى ابن السبكي ط . دار المعرفة بيروت .

58- فتح الباري بشرح صحيح البخاري للإمام الحافظ أحمد بن علي بـن حجـر العسقلاني، ت852هـ ، ط. المطبعة السلفية بالقاهرة 1380هـ .

59- فتح العزيز شرح الوجيز للإمام أبي القاسم عبدالكريم بـن محمـد الرافعـي، ت623هـ، المطبوع امش ا موع ، ط.شركة العلماء بالقاهرة .

60- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لأبي عبدالله الشيخ محمد أحمد عليش، ت1299هـ ، ط.مصطفى البـابي الحلـبي 1378هـ ـ 1958م .

61- فتح القدير للعلامة كمال بن الهمام الحنفـي ، ت861هـ ، ط. المطبعـة الأميرية 1316هـ بالقاهرة .

62- فتح القدير للشوكاني ط.عالم الكتب ببيروت .

63- الفروق للإمام شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بـالقرافي، ط.دار المعرفة ببيروت .

64- في ظلال القرآن للشهيد سيد قطب ، ط . دار الشروق / بيروت .

65- القاموس المحيط للفيروزآبادي ، ط. مصطفى الحلبي 1371هـ ـ 1952م.

66- قواعد الأحكام في مصالح الأنام لسلطان العلماء عزالدين عبدالعزيز بن عبـد السلام السلمي ، ت660هـ ، ط. دار الكتب العلمية ببيروت .

67- المبسوط للإمام محمد بن أحمد بن سهل أبي بكر شمس الأئمـة السرخسـي ، طبعة أوفست لدار المعرفة ببيروت ، عن طبعة مطبعـة السـعادة بالقـاهرة 1331هـ .

68- مجمع الأ ر في شرح ملتقى الأبحر : ط.إحياء التراث العربي ببيروت.

69- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي ، تصوير الطبعة الأولى 1398هـ علـى نفقة الحكومة السعودية .

70- ا موع للإمام محيي الدين بن شرف النووي ، ت676هـ ـ ، ط. شـركة العلماء .

71- المستدرك للحافظ محمد بن عبـدالله النيسـابوري المشـ ـهور بالحـاكم ، ت405هـ ، ط. الحيدر آباد 1340هـ .

72- المستصفى للإمام الغزالي ، ط. الأميرية ببولاق 1322هـ .

73- مسند الإمام أحمد ، ط. المكتب الإسلامي ببيروت 1391هـ .

74- المصباح المنير للعلامة أحمد بن محمد الفيومي ، ت771هـ ، ط. مصـطفى البابي الحلبي بمصر .

75- المصنف للحافظ أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، نشر المكتب الإسلامي ببيروت .

76- معين الحاكم للطرابلسي ، ط. مصطفى الحلبي 1973م.

77- المغني لأبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، ت620هـ ، ط.مكتبة الرياض الحديثة بالرياض .

78- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : تأليف محمـد الشـربيني الخطيـب ، ت997هـ ، ط. مصطفى البابي 1377هـ .

79- المقدمات الممهدات لابن رشد ط . دار الغرب الإسلامي .

80- المنثور في القواعد للإمام بدر الدين محمد بن عبدالله بن ـادر الزركشـي، ت794هـ تحقيق د.تيسير فائق أحمد ،ط.مؤسسة الخليج ، نشـر وزارة الأوقاف الكويتية 1402هـ .

81- المهذب للفقيه أبي اسحق إبراهيم بن علي الشيرازي ، ت 476هـ ـ ، ط. عيسى البابي الحلبي .

82- الموسوعة الفقهية الكويتية .

83- الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي المشهور بالشاطبي ، ت790هـ ، ط.دار المعرفة ببيروت.

84- النكت والعيون للماوردي ، ط . أوقاف الكويت .

85- اية المحتاج لشـمس الدين محمد بـن أحمـد شـهاب الـدين الرملـي ، ت1004هـ ، ط. مصطفى البابي الحلبي بمصر 1386هـ .

86- نيل الأوطار للعلامة محمد بن علي الشوكاني ، ت1250هـ ، ط. الكليات الأزهرية بالقاهرة 1398هـ .

87- الوسيط في المذهب للإمام حجة الإسلام محمد بن محمد أبي حامد الغـزالي ، ت505هـ ط. دار الاعتصام ،وطبعة وزارة الأوقاف القطريـة ، بتحقيـق ودراسة علي محيي الدين القره داغي ، ومخطوطة دار الكتب برقم 212 فقـه شافعي و206 طلعت .

ثانياً : المصادر والمراجع الحديثة :

88- أحكام التصرف في الديون للدكتور علي محيي الدين القره داغي، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة للمجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة .

89- الاستثمار في الأسهم وأحكامها " بحث للدكتور علي القره داغي ، منشـور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي .

90- بحث الأمانة العامة للهيئة الشرعية لشركة الراجحي.

91- بحث المركز الوطني للاستثمارات الإدارية للدكتور محمد القري.

92- تعليق الشيخ الصديق الضرير على بحث الدكتور القري المنشـور في دراسـات اقتصادية / ا لمد الخامس ، العدد الثاني (ص 64)

93- الحقوق المعنوية ، بحث للدكتور علي القره داغي ، منشـور ضـمن بحـوث المعاملات المالية المعاصرة ، ط . دار البشائر الإسلامية ببيروت .

94- الشخصية الاعتبارية ذات المسؤولية المحدودة للدكتور محمد علي القري ، بحـث منشور في : دراسات اقتصادية إسلامية / ا لمـد الخـامس ، العـدد 2 محـرم 1419هـ ، ملخص بحثه .

95- شرح القانون التجاري للدكتور فوزي محمد سامي ، ط . مكتبـة دار الثقافـة بعمان.

96- شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ط . دار الغرب الإسلامي.

97- شرح ا لمة للأناسي .

98- شركات الأشخاص ، وشركات الأموال علماً وعملاً د . شـ ـكري حبيـب شكري ، وميشيل ميكالا ، ط . الاسكندرية .

99- الشركات التجارية في القانون المصري المقارن للدكتور أبو زيد رضـوان ، ط . دار الفكر العربي ، القاهرة 1989م .

100- الشركات التجارية للدكتور علي حسن يونس ، ط . الاعتماد بالقاهرة .

101- الشركة المساهمة في النظام السعودي للدكتور صالح بن زابن المرزوقي البقمي ، ط . جامعة أم القرى 1406هـ .

102- العرف وأثره في التشريع للدكتور النجار .

103- فتاوى الهيئة الشرعية للبركة (ص 12) رقم (1/1)

104- فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد ابن إبراهيم ، جمع وترتيب محمد بن عبـد الرحمن بن قاسم .

105- القانون التجاري د . فوزي عطـوي ، ط . دار العلـوم العربيـة ، بـيروت 1986م.

106- القبس .
107- القواعد الفقهية الكبرى للدكتور صالح السدلان .
108- القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي للدكتور محمد الزحيلي : ط . جامعة الكويت .
109- المبادئ العامة في القانون التجاري للدكتور جلال وفا محمـدين ، ط . الـدار الجامعية بيروت 1988م .
110- مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة ، د. علي محيي الدين القره داغـي ، ط . دار البشائر الإسلامية الطبعة الأولى 1985م / بيروت .
111- مجلة الأحكام العدلية .
112- محكمة النقض بمصر"الدائرة الجنائية "في1956/6/4م المنشـور في ا جموعـة الرسمية،السنة56 رقم 92 العددان5،6
113- موسوعة القضاء في المواد التجارية للأستاذ عبد المعين لطفي جمعـة ، ط . دار الكتاب العربي بالقاهرة .
114- موسوعة فقه عبدالله بن عباس ، للدكتور محمد رواس قلعه جي/ ط . جامعة أم القرى.